



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

candidata: Marta Lavacchini

La legittimazione dell'intervento penale tra offensività e harm principle

Relatore: prof. Michele Papa

anno accademico 2016/2017

Indirizzo specialistico in Diritto e procedura penale e filosofia del diritto.

XXX ciclo.

Esame finale: 21/03/2018

Commissione esaminatrice:

Prof. Donato Castronuovo, Università di Ferrara.

Prof. Stefano Fiore, Università del Molise.

Prof. Chantal Meloni, Università di Milano.

INDICE

	Pag.
ABSTRACT.....	1
 CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE	 3
1. Le questioni di fondo.	3
2. Piano del lavoro.	18
 CAPITOLO I	
L'IMPORTANZA DI UNA PROSPETTIVA COMPARATA IN TEMA DI DANNOSITÀ SOCIALE, TRA TEORIE TRADIZIONALI E TRADIZIONE DELLE TEORIE IN TEMA DI OFFENSIVITÀ.	21
1. Il problema della dannosità sociale: il sistema italiano e quello anglo-americano a confronto.	21
2. Prospettive attuali sul principio di offensività: l'indebolimento della teoria del bene giuridico e i suoi riflessi sul principio di offensività.	23
2.1. Le radici del principio di offensività nel dibattito italiano e il suo collegamento con la teoria del bene giuridico.	23
2.1.1. <i>Il contenuto del principio di offensività.</i>	24
2.1.2. <i>(Segue). Le fonti.</i>	27
2.1.3. <i>(Segue). Il ruolo.</i>	29
2.1.4. <i>Il sostrato materiale del principio di offensività: la teoria del bene giuridico.</i>	31
2.2. Dalla teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico alle sue critiche.	38
2.2.1. <i>L'orientamento della Corte Costituzionale sul punto.</i>	46
2.3. L'aggiramento del principio di offensività: tecniche legislative e giurisprudenziali di smaterializzazione del bene giuridico.....	50

2.3.1. <i>L'offensività è un principio debole? Prospettive interpretative alla luce delle insufficienze della teoria del bene giuridico.</i>	56
CAPITOLO II.	
IL DIBATTITO ANGLO-AMERICANO SUI CRITERI DI LEGITTIMAZIONE DELL'INTERVENTO PUNITIVO. HARM E OFFENCE PRINCIPLE TRA LIBERALISMO E MORALIZZAZIONE DELLA TUTELA.	61
1. I criteri di criminalizzazione nella prospettiva anglo-americana in tema di dannosità: harm e offence principle nel più recente dibattito di common law.	61
2. Le radici dell'harm e offence principle da J.S. Mill a J. Feinberg.	66
2.1. La concezione liberale di J.S. Mill alla riprova del Rapporto Wolfenden.	67
2.1.1. <i>Il dibattito sulla criminalizzazione della mera immoralità nel panorama giuridico di common law.....</i>	72
2.2. Verso un liberalismo cauto: l'opera colossale di J. Feinberg.	81
2.2.1. <i>Harm principle e offence principle come legittimi criteri di criminalizzazione.</i>	83
2.2.1.1. <i>La nozione di harm: setback of interests e wrong.</i>	84
2.2.1.2. <i>Le valutazioni del legislatore sul concetto di harm: le cc.dd. massime di mediazione.</i>	92
2.2.1.3. <i>La nozione di offence: l'affront to sensibility e le cc.dd. massime di mediazione.</i>	94
2.2.2. <i>Feinberg e l'esclusione del legal paternalism e del legal moralism dai legittimi liberty-limiting principles.</i>	100
3. Il più recente dibattito di common law sulla dannosità sociale. Le coordinate essenziali della riflessione anglo-americana tra criminalization e wrongdoing.	110
3.1. I correttivi proposti alla teoria di J. Feinberg: il dibattito sull'individuazione delle tipologie di harm, l'interpretazione correttiva dell'offence principle e le sue critiche, i nuovi orientamenti	112

sulla nozione di “autonomia personale”	
3.2. Gli aspetti generalmente condivisi della teoria dell’harm principle.	124
3.3. L’impatto dell’harm principle sulla più recente giurisprudenza di common law: la particolare resistenza della case-law inglese.....	128
3.4. Le differenze tra la prospettiva statunitense e quella inglese sul tema: il dibattito nord-americano sulla costituzionalizzazione del principle of harm e il lavoro della US Supreme Court.	131
4. “The collapse of the harm principle”: “harm arguments” e adeguatezza del principle of harm nelle più recenti prese di posizione della dottrina anglo-americana.....	136

CAPITOLO III

COME SUPERARE L’IMPASSE SUL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ? L’IMPIEGO DEL METODO COMPARATISTICO IN TEMA DI ATTI OSCENI.	143
1. Il crescente interesse della dottrina italiana per l’harm e offence principle.	143
2. La rilevanza dello studio dell’harm e offence principle per le recenti scelte del legislatore penale in tema di atti osceni e omofobia. ...	152
2.1. La parabola della fattispecie di atti osceni. Dal codice Rocco alla recente opera di depenalizzazione.	157
2.1.1. <i>La fattispecie di atti osceni tra definizione codicistica e prassi applicativa.</i>	164
2.1.1.1. <i>La problematicità dei beni giuridici tutelati: il concetto di moralità pubblica e di buon costume.....</i>	164
2.1.1.2. <i>L’analisi della fattispecie di atti osceni.....</i>	171
2.1.1.3. <i>La vaghezza della fattispecie di atti osceni alla riprova del formante giurisprudenziale.....</i>	180
2.1.2. <i>Gli atti osceni alla riprova della Costituzione: l’interpretazione correttiva della nozione di osceno in chiave di “libertà da” intromissioni nella sfera sessuale.....</i>	183

<i>2.1.2.1. La ricostruzione degli atti osceni come “libertà da”: una sopravvalutazione del diritto dell’individuo a non essere investito da atti o immagini a contenuto erotico?.....</i>	192
<i>2.1.2.2. L’importanza del dibattito anglo-americano sulla rilevanza o meno della morale in campo penale nell’ambito della ridefinizione del concetto di osceno.....</i>	194
<i>2.1.3. Ratio e limiti della recente opera di depenalizzazione.....</i>	196
<i>2.1.3.1. La riduzione dell’area di tutela penale: la depenalizzazione come strumento di deflazione penalistica.....</i>	196
<i>2.1.3.2. Pregi e difetti della depenalizzazione operata con i dd. lgss. nn. 7 e 8 del 2016: la riforma degli atti osceni.</i>	203
<i>2.2. Prospettive de iure condendo. Possibili riformulazioni della fattispecie di atti osceni in virtù del concetto di personal sovereignty....</i>	208

CAPITOLO IV

OMOFOBIA: IL DIBATTITO ITALIANO TRA ESIGENZE DI TUTELA E LIBERA MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO. PER UNA RICOSTRUZIONE DEL FENOMENO ALLA LUCE DEL METODO COMPARATISTICO.	223
1. Hate crimes: un’introduzione sulle possibilità e sui limiti dell’intervento penale sul tema dell’omofobia, alla luce del dibattito di common law su harm e offence principle.	223
2. Diritto penale e omofobia.....	226
2.1. Definizione e caratteristiche dei crimini d’odio. La vicenda dell’omofobia.....	226
2.2. Le recenti prese di posizione del legislatore italiano: fattispecie autonoma o aggravata? Il dibattito legislativo e dottrinario in tema di criminalizzazione dell’omofobia.	233
<i>2.2.1. Il dibattito legislativo intorno alla possibilità di introdurre una fattispecie a tutela dell’odio omofobico.</i>	234
<i>2.2.2. La reazione della dottrina in merito al dibattito sull’introduzione di una fattispecie autonoma o circostanziata di</i>	243

<i>omofobia</i>	
2.3. Possibilità e limiti d'intervento tra esigenze di tutela reali e supposte alla luce del principio di libera manifestazione del pensiero....	247
2.3.1. <i>La compatibilità costituzionale di una norma incriminatrice dell'omofobia. Come sfatare un equivoco di fondo: il bilanciamento tra diritti e libertà del singolo e l'incriminazione di nuove forme di aggressione discriminatoria</i>	251
3. Prospettive de iure condendo alla luce del dibattito sull'harm e sull'offence.	260
CAPITOLO V	
PER UNA RI-LEGITTIMAZIONE DELL'INTERVENTO PUNITIVO DELLO STATO. VERSO L'ABBANDONO DEL BENE GIURIDICO?	267
1. Panorami interpretativi alla luce dell'analisi comparatistica. Le insufficienze del concetto di bene giuridico e la prospettiva di common law.	267
1.1. I percorsi interpretativi della dottrina italiana: da una lettura sinergica dei principi in tema di scelte di criminalizzazione all'abbandono del concetto di bene giuridico.....	278
1.1.1. <i>L'abbandono del bene giuridico e l'accoglimento di un modello procedurale di democrazia</i>	284
2. Dalla meritevolezza alla sussidiarietà penale. Offensività, harm e offence principle e le conseguenze in tema di scelte di depenalizzazione ed extrema ratio.....	286
2.1. L'impiego del concetto di "autonomia personale" per distinguere gli illeciti penali da quelli punitivi amministrativi.....	296
3. Considerazioni conclusive: modelli di diritto penale, tipi di morale e di democrazia.	297
3.1. Il rifiuto del dogma dell'esclusione della morale nel campo del diritto penale: diritto penale moralizzato e diritto penale a tutela di una "morale minima".....	301

3.2. Verso l'abbandono del bene giuridico? L'accoglimento del principle of harm nella visione di Joel Feinberg.	303
3.3. L'accoglimento di una teoria aperta della criminalizzazione. Il collegamento con le teorie della democrazia.	310
4. Quale futuro per l'offensività e l'harm.	313
BIBLIOGRAFIA	319

ABSTRACT

Il presente lavoro, attraverso una prospettiva comparata, indaga le più recenti tendenze in tema di dannosità sociale in Italia e nel sistema anglo-americano. Si interroga, quindi, sulla definizione e sui limiti della legittimazione dell'intervento penale dello Stato. In particolare, la tesi prende atto delle prospettive attuali sul principio di offensività nel nostro ordinamento, verificando le sue radici, le sue fonti e il suo ruolo, per poi vagliare la teoria del bene giuridico che ne costituisce il sostrato materiale. Come è noto, tale teoria si è sviluppata, in Italia, attraverso una lettura costituzionalmente orientata indicando così le caratteristiche fondamentali che il bene doveva avere per dirsi legittimo. Negli anni, un aggiramento del principio di offensività ha portato a una smaterializzazione del concetto di bene giuridico fino a far dubitare della natura effettivamente forte del principio stesso. Il dibattito anglo-americano sui criteri di legittimazione dell'intervento punitivo si è caratterizzato per degli spunti interpretativi notevolmente diversi, specie in virtù delle caratteristiche proprie dei sistemi di *common law*. Le radici dell'*harm* e *offence principle*, infatti, partono dall'ottica liberale di J.S. Mill, ma ricevono una vera e propria nuova definizione con J. Feinberg il quale, in un'ottica di liberalismo cauto, riempie di contenuto le nozioni alla base dei *liberty-limiting principles*. La più recente dottrina di *common law* ha poi fornito nuovi spunti di riflessione specie se si considera quello che è stato definito il “collapse” dell'*harm principle*.

Il recente interesse della dottrina italiana per i criteri anglo-americani ha dato spunto, nel presente lavoro, per una verifica della rilevanza dell'*harm* e dell'*offence principle* in relazione alle scelte del legislatore italiano. Per dimostrare questo assunto si sono così presi in esame due *case study* e, in particolare, quello degli atti osceni, con la recente opera di depenalizzazione e quello dell'omofobia, che si caratterizza per un costante dibattito in merito alla sua possibile criminalizzazione. Nel presente elaborato, infatti, si mostra come il principio anglo-americano del danno e della molestia possa contribuire a superare l'*impasse* sul principio di offensività proprio in seguito a una valutazione dei fenomeni in tema di atti osceni e omofobia, in chiave di necessaria causazione di un danno o una molestia ad altri.

In ragione di tali considerazioni si è cercato di creare le basi per una ri-legittimazione, da un punto di vista dogmatico, dell'intervento penale dello Stato. Il concetto di bene giuridico, infatti, presenta non poche insufficienze tali da considerare plausibile un suo abbandono per un accoglimento del *principle of harm*, nella visione di J. Feinberg. Questo passaggio si mostra quanto mai opportuno specie ove si ritenga di dover combinare i criteri in tema di dannosità sociale ai modelli (procedurali) di democrazia, nonché a un'attenzione ai tipi di morale emergenti nella società. L'accettazione di una teoria aperta in tema di criminalizzazione permette, così, di dare un nuovo futuro all'offensività e all'*harm principle*, tale da rimettere al centro del dibattito penale la domanda alla quale il legislatore deve rispondere nelle scelte in tema di meritevolezza e sussidiarietà penale e, cioè, se la condotta sottoposta al suo vaglio provochi o meno un danno o una molestia ad altri.

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

SOMMARIO: 1. Le questioni di fondo. – 2. Piano del lavoro.

1. *Le questioni di fondo.*

Il dibattito relativo alle scelte di criminalizzazione in campo penale costituisce uno dei temi di costante e maggiore interesse della scienza penalistica, non solo italiana. Le ragioni di tale fortunata attenzione possono essere rinvenute nella circostanza che tale tema è in grado di porre in continua discussione quelli che possono essere definiti come i *fondamenti della legittimazione del potere punitivo statale*. In campo penale, infatti, il problema della legittimazione dell'esercizio del potere punitivo è di particolare impatto, non solo teorico ma anche pratico, andando a incidere su principi garantistici di rilievo sostanziale, primo fra tutti sulla tutela del principio di libertà.

Il tema relativo alle scelte di criminalizzazione si è sviluppato, negli ordinamenti di *civil law*, attraverso la teorica del c.d. *principio di offensività*, mentre, invece, in quelli di *common law* attraverso l'*harm e offence principle*¹. Malgrado le radici comuni, non risulta agevole trovare un concetto che accumuni i due principi all'interno di un medesimo *genus*. Ciononostante riteniamo che il concetto di "*dannosità sociale*", di origine illuministica, sia in grado, come vedremo, di fungere da collante, valorizzandoli come *species* di un medesimo *genus*.

¹ I concetti di *Harm* e *Offence* non sono facilmente traducibili, risultando quanto mai complesso riportare in un'altra lingua non solo la traduzione letterale, ma il significato che tali concetti esprimono in un terreno culturale diverso dal nostro, con notevoli rischi di approssimazione e arbitrarietà. Detto ciò, in dottrina si opta spesso, come si indicherà meglio in seguito, per "danno" e "molestia". Il primo dovendo indicare un danno, appunto, ad altri e la seconda una sensazione di disgusto che un certo comportamento provoca nello spettatore. L'*harm e offence principle* si colloca in un'ottica più interpersonale identificando il criterio di criminalizzazione nel danno o nella molestia ad altri.

Il concetto di dannosità sociale presenta una serie di difficoltà di definizione, scontando del resto *“le difficoltà di razionalizzazione e di concretizzazione che notoriamente affliggono i valori socio-culturali”*².

Tale concetto serve a rispondere a una serie di interrogativi: *perché punire?*, *cosa punire?*, *come punire?* Dalla risposta a questi quesiti dipende, in larga misura, il volto del diritto penale di un determinato ordinamento giuridico.

Nonostante le difficoltà di identificazione di ciò che può essere considerato *“socialmente dannoso”*, la nozione di dannosità sociale riesce ad esprimere un’irrinunciabile indicazione limitativa delle scelte del legislatore³.

In primo luogo, l’aggettivo *“sociale”* esprime una precisa connotazione che l’illecito penale deve avere, indicando che il disvalore del reato non può *“né essere artificiale né tantomeno arbitrario, nel senso che il legislatore non potrà inventarsi il contenuto di disvalore”* ma dovrà *“trovarlo già preesistente nella c.d. coscienza e sensibilità sociale”*. Infatti, le valutazioni del legislatore non potranno essere totalmente avulse e indipendenti dal contesto sociale, dovendosi evitare, in conformità con una delle esigenze fondamentali del diritto penale, che il potere punitivo venga esercitato in modo antidemocratico e sopraffattorio, in violazione del principio di libertà personale⁴.

In secondo luogo, il reato, deve indicare *un’alterazione peggiorativa di una situazione sociale preesistente*, dovendosi escludere dunque tutti quegli atteggiamenti soggettivi puramente interni all’individuo o sintomatici di esso⁵.

Nel nostro ordinamento, il principio di offensività svolge una funzione particolarmente rilevante poiché *delimita e concretizza* la fattispecie penale astratta così come prevista dal legislatore. La stessa nozione di *reato* si fonda sul concetto di *offesa* a un valore considerato meritevole di tutela da parte dell’ordinamento. Così, se *reato* può essere definito, in termini generalissimi, l’illecito soggetto a pena portatore di un disvalore sociale, sono i principi di garanzia sostanziale che forniscono indicazioni sui contenuti di disvalore dei reati e, corrispondentemente sui valori

² Così, efficacemente, PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 63.

³ IBID., p. 63.

⁴ Si veda per tutti, PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 63.

⁵ IBID., p. 64.

suscettibili di tutela penale⁶. La definizione di tale disvalore comporta l'affermazione, *a contrario*, del valore positivo che il comportamento criminoso viola.

E' noto, che il principio di offensività vada letto congiuntamente con la teoria del bene giuridico: un fatto è considerato dannoso, a livello penale, qualora offenda, appunto, un bene giuridico meritevole di tutela.

Considerato che il diritto penale costituisce un'arma a doppio taglio che, da un lato, funziona come strumento di difesa della società e, dall'altro, come strumento di aggressione esso stesso, è emersa la necessità di farne un uso "*ragionevole, avveduto e parsimonioso*"⁷, affermandosi così il principio della dannosità sociale come uno dei principi cardine del diritto penale. Attraverso il principio di offensività e il concetto di dannosità sociale si procede, così, a una delimitazione dei contenuti del diritto penale con la funzione di contenere quanto più possibile l'area del penalmente rilevante.

Come è noto, l'esigenza garantistica di contenimento dell'area penale ha storicamente incontrato difficoltà ad affermarsi⁸. Queste difficoltà, come si è rilevato, sono paradossalmente collegate alle stesse caratteristiche della sanzione punitiva.

In particolare, la prima difficoltà deriva dalla *funzione di prevenzione generale mediante intimidazione* rivolta alla collettività: così, più si anticiperà la tutela penale più il disvalore previsto dal reato rifletterà tale anticipazione e sarà povero di disvalore. La seconda, invece, deriva dalla *funzione di prevenzione generale mediante orientamento pedagogico* che spesso conduce a una dilatazione dell'area del penalmente rilevante essendo lo strumento penalistico di particolare efficacia al fine di accreditare determinati valori e spingere i consociati ad aderire ad essi⁹.

⁶ Così, efficacemente, PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 61.

⁷ FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, in *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata* (a cura di Fiandaca G. – Di Chiara G.), Jovene, Napoli, 2003, p. 104.

⁸ PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 61.

⁹ IBID., p. 62.

Ad ogni buon conto, prima di interrogarsi sui temi del *perché punire?*, *cosa punire?*, *come punire?*, è necessario procedere con alcune premesse, le prime due di carattere sistematico, mentre l'altra di carattere metodologico.

(A) Sotto il profilo sistematico, è opportuno considerare due fenomeni che sono in grado di incidere sul tema relativo alle scelte di criminalizzazione. Si tratta, da un lato, del problema della c.d. "*perdita di legittimazione del diritto penale*" e dall'altro, del dibattito relativo all'influenza della "morale" sul diritto penale.

(A1) Sotto il primo profilo, l'esigenza di contenimento nell'uso del diritto penale comporta una costante riproposizione del "problema penale", il quale, non potendosi considerare risolto una volta per tutte, tende a ripresentarsi in tutte le epoche storiche¹⁰.

La questione relativa alla *legittimazione* o alla *giustificazione* del diritto penale fa riferimento alla comprensione degli scopi della pena; alle forme di punizione ammissibili; ai criteri in base ai quali il legislatore decide che determinate azioni costituiscono reato; e, infine, alla questione se esista un rapporto tra gli scopi della pena e il modo di concepire le azioni punibili¹¹. Proprio di questi ultimi due aspetti tratteremo nel corso della presente trattazione. In fin dei conti, come si è efficacemente affermato, "*conoscere cosa lo Stato può o non può fare, quali comportamenti può o non può punire, è importante non solo per la teoria della legislazione, ma soprattutto per comprendere gli spazi di libertà dei singoli*"¹² in un ramo, quale quello penale, in cui il diritto mostra il suo volto più severo. Si tratta, infatti, di definire i rapporti tra autorità e libertà, tra autorità e individuo.

Il concetto di legittimazione, che ci interessa più da vicino, rimanda all'idea di un qualcosa che renda *accettabile* il ricorso allo strumento penalistico.

Come è noto, il problema, di carattere giusfilosofico¹³, si pone sia da un punto di vista interno, che da uno esterno. Sotto il primo profilo si guarda ai "*discorsi effettuati dalla dottrina in sede di riflessione teorica*"; il secondo invece riguarda

¹⁰ FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 104.

¹¹ IBID., p. 104.

¹² ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 33, p. 33.

¹³ FIANDACA G. – MUSCO E., *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1994, 23, p. 25. Si è peraltro notato che il problema della legittimazione tende a riacutizzarsi nei periodi storici di transizione dove coesistono vecchi e nuovi paradigmi.

un'accezione sociologica o politologica che si riferisce alla “*percezione sociale del ruolo del diritto penale e delle ragioni che possono farlo apparire giustificato agli occhi della stessa opinione pubblica*”.

La percezione sociale del ruolo del diritto penale trova un suo naturale collegamento col tema della rilevanza della morale in campo penale. Ignorare, infatti, che la morale, intesa come “*insieme di consuetudini e di norme riconosciute come regole di comportamento da una persona, un gruppo, una società, una cultura*”¹⁴ abbia una qualche influenza sulla determinazione della norma penale rischia di far procedere il ragionamento per molti più dogmi di quanto l'affermazione della, condivisa, separazione tra diritto e morale non riesca a diradare¹⁵.

Inoltre, l'opinione pubblica può risultare profondamente influenzata dalle caratteristiche del diritto penale odierno: l'obsolescenza, la contraddittorietà degli interventi legislativi e, infine, l'ipertrofia del diritto penale.

Il rapido mutamento del contesto sociale e la legislazione elaborata in un clima di “emergenza” espongono il nostro codice penale, del 1930, a un'inevitabile difficoltà di adattamento dello stesso rispetto alle caratteristiche della nostra società e, di conseguenza, a una sua problematica legittimazione.

Destino non diverso subisce il sistema di *common law* che si fonda su una stratificazione centenaria di norme e principi tuttora vigenti in quegli ordinamenti.

A ciò si aggiunga che il diritto penale più che ultima *ratio* di tutela apprestata dall'ordinamento, diventa prima e unica *ratio*, con una conseguenze ipertrofia penalistica.

Il diritto penale diventa strumento per “gestire la crisi” e gli scopi politici vengono dislocati nella politica criminale, dove vengono drammatizzati, eticizzati e tramutati in esigenze di intervento penale¹⁶.

A livello dogmatico, la conseguenza è l'erosione del concetto di bene giuridico. Si pensi all'emersione ed erosione di beni di carattere superindividuale o collettivo, la proliferazione di fattispecie di pericolo, specie astratto,

¹⁴ Definizione del vocabolario Treccani. Si veda <http://www.treccani.it/vocabolario/morale1/>.

¹⁵ Del tema parleremo *funditus* tra breve. Basti qui rilevare che la percezione che la collettività ha di una regola giuridica concerne il dibattito relativo alla legittimazione esterna del diritto penale, attraverso l'ausilio di appropriati criteri sociologici e politologici idonei a sondare il tipo di interazione dei vari contesti ambientali.

¹⁶ FIANDACA G. – MUSCO E. in *Perdita di legittimazione del diritto penale?* cit. pp. 43-44.

all'amministrativizzazione e bagatellizzazione dell'illecito penale e alla conseguente perdita di legittimazione della pena. Il bilancio finale è l'incremento della funzione simbolica del diritto penale, con conseguenze decisive in termini di efficacia dell'intervento penale¹⁷.

(A2) Il tema della separazione tra diritto e morale, è tanto tradizionale quanto dimenticato nelle elaborazioni dei nostri più recenti studi giuridici.

Il tema, di risalente interesse nel campo non solo giuridico, ma anche filosofico, risulta essere il postulato dell'illuminismo penale e passa attraverso le elaborazioni del positivismo giuridico.

Esso è stato, più di recente, evocato in un clima di vivace dibattito in Inghilterra attraverso la ben nota dialettica, per la verità ormai di qualche anno or sono, tra i due studiosi H. L. A. Hart e P. Devlin¹⁸, l'uno professore e l'altro giudice¹⁹.

Nel nostro ordinamento, invece, la separazione tra diritto penale e morale assume molto spesso le sembianze di un *dato acquisito*, in presenza del quale non è necessario procedere a speculazioni dottrinali, con il rischio, tuttavia, di trasformare

¹⁷ Tali elementi venivano rilevati già nel 1994 da FIANDACA G. – MUSCO E. in *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, cit., p. 28 ss. E' innegabile che tali aspetti nel nostro diritto penale non si sono certo attutiti, ma che continuano a presentare tutta la loro problematicità e attualità. Sull'erosione dei beni giuridici tutelati, con notevoli influenze anche sul concetto generale di "bene", diremo meglio in seguito. Basti qui rilevare che privare il concetto di bene giuridico di una sua connotazione materiale rischia di rendere evanescente l'oggetto della tutela penale con conseguenze anche sul dibattito relativo alla legittimazione dell'esercizio del potere punitivo. Inoltre, sotto il profilo della continua oscillazione tra modelli di intervento punitivo diverso, la legislazione dell'"emergenza" dimostra come il diritto penale sia continuamente scosso da orientamenti di tipo interventista, idonei a porre in discussione i principi generali del diritto penale. Del pari, interventi di tal genere determinano una "sovraesposizione" politico-criminale che vede, come giustamente notano gli Autori, il reato non più come un singolo fatto circostanziato, ma come un sintomo di un fenomeno criminoso più ampio e da combattere. Ora, sebbene il diritto penale sia connotato da indubbie valenze simboliche, oltre che general-preventive, l'abuso di tali caratteristiche rischia di privilegiare istanze di difesa sociale su quelle di giustizia e equità.

¹⁸ Il tema verrà affrontato più diffusamente in seguito nella parte relativa al sistema penale anglo-americano. Si veda, comunque, DEVLIN P., *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, London, Oxford, New York, 1965 e HART H.L.A., *Diritto, morale, e libertà*, (a cura di Gavazzi G.), Bonanno, Acireale, 1968 (trad. it.).

¹⁹ Mentre, infatti, Lord Devlin, sostenitore del moralismo giuridico, riteneva che il diritto penale avesse il compito di far rispettare e di rinforzare le norme morali, onde evitare la disintegrazione della società, Hart rilevava i rischi del populismo prendendo posizioni antitetice rispetto a quelle di Lord Devlin in accordo con il principio elaborato da J.S. Mill dell'*harm*. In altre parole, se da un lato il diritto non doveva entrare nella sfera strettamente privata della persona, dall'altro, la società non era giudicata in grado di sopravvivere ai cambiamenti della morale collettiva. Sul punto si veda ad esempio CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale* (a cura di Canestrari S. – Stortoni L.), Bononia University Press, Bologna, 2009.

il dibattito in un ragionamento frutto di verità assolute e dogmi che non ammettono spiegazioni razionali²⁰.

Venendo più da vicino alla ricostruzione dell'idea della separazione tra diritto e morale²¹, essa muove dalla constatazione che il diritto non ha il compito di riprodurre norme morali o di altri sistemi meta-giuridici ma, piuttosto, che esso sia il prodotto di convenzioni legali. Questo assunto, proprio del pensiero liberale, consente un processo di laicizzazione del diritto²².

L'illuminismo settecentesco propugna, pertanto, una distinzione laica tra "peccato" e "reato" (c.d. secolarizzazione del diritto penale), limitando l'area del penalmente rilevante, assegnando alla punizione degli scopi utilitaristici e sollecitando una mitigazione del rigore punitivo²³. La dannosità sociale diventa, pertanto, il criterio selettivo e oggettivo che il legislatore deve utilizzare per dichiarare punibili dei fatti.

Il discorso relativo alla separazione tra diritto penale e morale come dato acquisito e inconfutabile non deve essere però frainteso.

La c.d. secolarizzazione del diritto penale consente a un ordinamento di evitare che le norme penali tutelino di per sé una morale collettiva e dominante o, addirittura, una morale di Stato. Questo processo è in grado di lasciare spazio a una cultura nella quale le esigenze garantistiche, emerse con l'affermazione del principio di libertà individuale, possono liberamente determinarsi.

Invece, una visione moralizzante e moralizzatrice del diritto penale limita al minimo la sua sfera di azione con notevole impatto sulla valorizzazione del principio di autonomia individuale. Citando J. S. Mill, infatti, un individuo può essere

²⁰ Quanto al fondamento della legittimazione del potere punitivo dello Stato, la distinzione tra diritto e morale è stata ripresa per contrastare le derive eticizzanti del diritto penale. La separazione tra diritto e morale, non è però stata analizzata, se non in qualche pregevolissimo studio, così come è successo nei sistemi di *common law*. In tali sistemi, infatti, l'approccio pragmatico che spesso li caratterizza ha consentito un dialogo aperto su una questione che da noi risulta essere un dato acquisito. Quanto però al dibattito sulla legittimazione del diritto penale, è possibile citare, ancora una volta, FIANDACA G. – MUSCO E. in *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, cit., pp. 46 ss.

²¹ Si veda, in proposito, FERRAJOLI L., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari – Milano, 2004, p. 203.

²² Per ripercorrere le tesi relative alla separazione tra diritto e morale si veda, ad esempio, FERRAJOLI L., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., pp. 204 ss.

²³ FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 104.

chiamato a rispondere di fronte alla società solo per quello che concerne gli altri. “*Su se stesso, sul proprio corpo e sulla propria mente, l’individuo è sovrano*”²⁴.

Trascurare però lo studio dei rapporti tra diritto e morale anche nel campo prettamente penalistico può far correre il rischio di un appiattimento del confronto su nuove tematiche. Si pensi ai temi eticamente sensibili o al dibattito in tema di scelte di depenalizzazione, o ancora, in materia di crimini d’odio.

Portare alla luce le contraddizioni relative al tema della separazione tra diritto penale e morale consentirà di meglio approfondire il rapporto tra la scelta legislativa in tema di *meritevolezza* del valore tutelato dalla norma penale e l’*accettazione* sociale della norma stessa.

Un’interpretazione delle norme penali attenta a questi profili consente, infatti, di evitare che scelte illiberali del legislatore vengano sventate all’opinione pubblica nella veste di veri e propri *diktat*, restituendo al dibattito penalistico una certa aderenza con il dato della realtà sociale rispetto alla quale le norme sono chiamate ad operare.

Come è stato rilevato²⁵, infatti, il giurista non può oggi, nell’ambito di uno Stato liberale e democratico di diritto definire dall’alto, e in via autoritaria, i beni giuridici da proteggere e neppure potrà farlo il legislatore. Il diritto penale deve essere “*capace di proteggere le istanze emergenti nella società ma sempre nel rispetto delle minoranze etniche, religiose, morali e culturali*”²⁶. Ciò che deve essere realizzato è un equilibrio tra istanze provenienti dalla società e istanze di garanzia a tutela dei singoli, alla luce del principio di autonomia personale.

Ecco perché è necessario prendere atto che, talvolta, siamo di fronte a una vera e propria “*social tyranny*” che influenza le scelte di criminalizzazione e di depenalizzazione, attribuendo rilevanza alla morale anche in campo penale. La questione, di politica del diritto oltre che di rilevanza prettamente giuridica, è la *gestione* dell’emersione di una morale così determinata.

Se rimane, infatti, incontroverso che tanto alla luce del principio di offensività quanto dell’*harm e offence principle*, la tutela delle concezioni morali e

²⁴ Si veda, MILL J.S., *Saggio sulla libertà. Le origini del liberalismo contemporaneo*, (prima ed. 1859), NET Nuove edizioni tascabili, Milano, 2002.

²⁵ CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, cit., p. 285.

²⁶ IBID., p. 285.

delle rappresentazioni di valore debba essere esclusa quale scopo legittimo della coercizione penale, la stessa tesi che nega che il diritto penale protegga rappresentazioni di valore è quantomeno equivocabile²⁷.

Ogni presa di posizione del legislatore penale contiene inevitabilmente una rappresentazione valoriale. Sul concetto di ingresso della morale in campo penale dobbiamo, dunque, intenderci. Quando si afferma che il diritto penale non dovrebbe servire, attraverso le norme incriminatrici, al mantenimento di concezioni morali (o rappresentazioni di valore che dir si voglia), bisogna intendere precisamente che “*il diritto penale non deve servire al mantenimento di pure e semplici concezioni morali o di pure rappresentazioni di valore, ovvero, detto in altre parole, che il diritto penale non deve servire al mantenimento di concezioni morali e di valore di per se stesse considerate*”²⁸. Altro discorso è la scelta valoriale di tutela compiuta dal legislatore che, attraverso la norma incriminatrice, fornisce il valore positivo promosso dall’ordinamento e che i consociati, in virtù di un largo consenso sociale, sono chiamati a rispettare.

Si pensi a fattispecie quali la bigamia, l’incesto, il maltrattamento di animali, la pornografia o la diffusione di immagini violente²⁹. Per determinare se queste norme tutelino beni giuridici rilevanti per l’ordinamento sono possibili diversi approcci.

In un primo senso, tali fattispecie potrebbero apparire giustificate a garanzia di valori considerati meritevoli di tutela penale in quanto preesistenti. Sotto un secondo versante, norme di tal fatta sarebbero giustificate in quanto la maggioranza della società deterrebbe il diritto di vivere in una società che rispetti determinate concezioni morali e di valore ritenute fondamentali. Un ultimo approccio potrebbe considerare che la difesa di tali valori possa garantire una coesione sociale.

Questi approcci si pongono, evidentemente, in contrasto con i principi cardine di una democrazia moderna in uno Stato secolarizzato e pluralistico. Ognuno di essi si ridurrebbe nella tutela di una particolare ideologia religiosa o in una visione del

²⁷ WOHLERS W., *Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentale e anglo-americana a confronto* (a cura di Fiandaca G. – Francolini G.), Giappichelli, Torino, 2008, p. 130.

²⁸ IBID., p. 131.

²⁹ IBID., pp. 138 ss.

mondo con la pretesa di oggettività. Il cambiamento sociale, infatti, non ha conseguenze necessariamente negative³⁰ in termini di disfacimento della società *à la* Lord Devlin, ma può essere letto come un evento del tutto neutro che può portare indifferentemente al bene o al bene. E' poi un problema di carattere giusfilosofico comprendere quale di queste concezioni morali o di valore siano positive o negative per la società³¹.

Così, l'illecito punibile non può essere stabilito in modo vincolante e generale in uno spazio vuoto³², ma viene stabilito con riferimento al contesto sociale nel quale la norma concreta trova applicazione. Il punto è *analizzare "schiettamente" i risultati* nell'ottica o di protezione di beni giuridici o di *harm principle*³³. Se è vero che il più delle volte, su un piano di politica criminale, i casi relativi alle fattispecie di complesso inquadramento, come quelle prima citate, debbano concludersi nel senso di una loro abrogazione, tale risultato non può essere dato per scontato. Al contrario, tale scelta deve essere di volta in volta soppesata e ancorata ai principi cardine in materia penale, verificando il danno da aspettarsi, la probabilità o l'improbabilità di una sua verifica, così come il maggiore o minore valore dei comportamenti.

Il discorso intorno all'influenza della morale all'interno del dibattito penalistico deve dunque distinguere tra una "*morale minima*" passibile di essere fatta oggetto di un consenso tendenzialmente universale; e una "*morale restante*", oggetto di visioni inevitabilmente contrastanti nell'ambito di una società moderna e pluralistica³⁴. Riprendendo un'interessante frase di un celebre giurista americano³⁵:

³⁰ IBID., p. 140.

³¹ IBID., p. 141. L'Autore evidenzia come sia egualmente un dato incontestato, almeno per tutto l'arco del XX° secolo, che le fattispecie penali non possono servire alla tutela di concezioni morali o di valore di per sé considerate, anche con lo strumento dei reati di mera condotta. Sorprendete, dunque, secondo l'Autore, risulta il più recente dibattito tedesco secondo il quale tale tema è divenuto nuovamente attuale, sia pure con vesti diverse. Per riferimenti bibliografici si vedano pp. 142 ss.

³² Questa efficace espressione è utilizzata da WOHLERS W., *Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana*, cit., p. 146.

³³ IBID., p. 148.

³⁴ Si veda FIANDACA G., *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentale e anglo-americana a confronto* (a cura di Fiandaca G. – Francolini G.), Giappichelli, Torino, 2008.

³⁵ Si tratta di JOEL FEINBERG, *The moral limits of criminal law*, Oxford University Press, New York – Oxford, 1984 – 1988 nel volume IV *Harmless Wrongdoing* p. 155, ripreso nell'interessante studio di GIOVANNI FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, cit. p. 158.

“non vi è dubbio che il diritto può supportare la morale. Il problema è quale morale (o quale settore della morale) può legittimamente supportare?”. La risposta, infatti, è che *“la tutela penale del minimo etico non tende a tutelare questo minimo in se stesso, ma mira pur sempre all’obiettivo di prevenire quei danni che rappresentano per gli uomini i mali più gravi”*³⁶.

Una precisazione si rende comunque necessaria.

La presenza di un pluralismo valoriale³⁷ si pone in contrasto con la tendenza del diritto penale a tutelare sempre più spesso valori culturali in sé considerati. La conseguenza è, pertanto, una smaterializzazione del bene giuridico, dato che il relativismo dei valori si manifesta ormai non solo di Paese in Paese, ma già all’interno di uno stesso ordinamento. Si tratta di dare progressiva rilevanza giuridica

³⁶ FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, cit., p. 158. Inoltre in FIANDACA G., *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in Riv. it. dir. proc. pen. 2011, 54, 1383, pp. 1400 ss., l’Autore evidenzia come il minimo etico identitario possa essere rinvenuto oggi nel costituzionalismo moderno e nell’insieme di valori e principi ad esso sottesi. Si pensi ai principi cardine della dignità umana, della libertà e dell’uguaglianza dei cittadini. La moralità si potrebbe identificare pertanto in una moralità identitaria del diritto pluralistico e consisterebbe nel rinunciare a accogliere una o più morali specifiche e *“nell’assumere invece a propria morale la preoccupazione di garantire una sorta di kantiana coesistenza tra le diverse morali particolari compresenti nella società”*. In realtà, continua, la Costituzione costituisce una scelta interpretativa tutt’altro che neutrale, sotto il profilo etico e ideologico dalla quale si può derivare un’interpretazione da fattori di condizionamento ermeneutico derivanti da ulteriori precomprensioni. Si tratta comunque di collegare l’argomento con i processi di deliberazione democratica, per cui per il raggiungimento del minimo etico sono necessarie intese più ampie in materia di questioni aperte al conflitto. Se pensiamo, ad esempio come fa l’Autore nell’articolo citato, alle tematiche del fine vita, è opportuno riflettere su un’etica della morte che vada al di là della cultura di un solo Paese. Serve così, per dirla con Aldo Schiavone, *ivi* citato, *“una coraggiosa elaborazione collettiva [...] ci vuole coraggio politico, e coraggio intellettuale”*. Anche la tutela del bene vita, anche a causa del consolidato linguaggio della teoria del bene giuridico, deriva da un intreccio di concezioni morali, credenze ed emozioni risalenti ad epoche in cui il paradigma prevalente era la “neutralità” dell’esistenza umana. Per quanto concerne, infatti, il quesito relativo al preteso carattere neutrale di discipline eticamente sensibili, la risposta è in senso negativo. *“Qualsiasi tipo di disciplina, nella misura in cui implica scelte e bilanciamenti tra valori influenzati da concezioni della vita e del mondo, esprime inevitabilmente una qualche filosofia, una qualche ideologia. Non esistono spazi liberi dalle pregiudiziali filosofiche, etiche, ideologiche; e questo – piaccia o non piaccia – vale anche nel caso della disciplina penale”*.

³⁷ Si veda per tutti, BERNARDI A., *Relativismo dei valori e diritto penale*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale* (a cura di Canestrari S. – Stortoni L.), Bononia University Press, Bologna, 2009. L’Autore ricorda, all’interno del dibattito tra universalismo e relativismo dei valori, la lezione di MIREILLE DELMAS-MARTY, *Le paradoxe pénal. Interdire/justifier: trois paradigmes*, Collège de France, 29 gennaio 2007, consultabile in www.college-de-france.fr/media/int_dro/UPL26615_plan_le_on_2_25_janv_isa.pdf la quale rileva che *“il diritto penale è la branca del diritto meno universalizzabile perché simbolizza, allo stesso tempo, la sovranità nazionale e la cultura di ciascun popolo, costituendo così l’ambito privilegiato – il rifugio, potrebbe dirsi – del relativismo dei valori”*.

al fenomeno del multiculturalismo³⁸ che porta a considerare, negli studi penalistici, *i riflessi della realtà sociale sul piano penale*.

Sotto altro profilo, il consenso sociale può giocare, come abbiamo visto, un ruolo fondamentale³⁹ nella creazione e nell'attuazione delle condizioni di validità e di efficacia delle norme giuridiche.

La preoccupazione che il diritto penale non rispecchi il consenso generalizzato della società risulta quanto mai risalente, costituendo la reazione rispetto a un diritto penale esercitato in virtù di un'autorità divina⁴⁰ o in regimi totalitari, nei quali la legittimazione del potere punitivo non necessitava di alcuna giustificazione diversa dal suo mero esercizio da parte dello Stato. Infatti, soltanto chi punisce in nome di certezze assolute può permettersi di non avere altre forme di legittimazione.

Oggi, però, il collegamento tra consenso sociale e diritto penale si presta a un altro tipo di problema e, segnatamente, al rischio che l'intervento legislativo penale nasconda istanze populistiche che diano voce a contingenti paure più o meno alimentate dai media, emerse nell'ambito di una, anche diffusa, "volontà popolare".

Ad ogni buon conto, il "sociale" deve avere una qualche rilevanza, specie in ordinamenti democratici all'interno dei quali è necessario rendere *accettabile e comprensibile "l'intervento irruente delle sanzioni criminali"*⁴¹. Con l'avvento delle democrazie partecipative, infatti, i cittadini non sono "meri spettatori" e destinatari passivi delle norme criminali, ma ne sono anche gli autori diretti. Si è, infatti, affermato, con terminologia che richiama quella della nostra Costituzione, che "*il*

³⁸ BERNARDI A., *Relativismo dei valori e diritto penale*, cit., p. 241. L'Autore cita ad esempio l'annosa questione dei c.d. reati culturalmente orientati e cioè quei fatti, generalmente considerati illeciti penali dalle leggi di uno Stato ma imposti, approvati, tollerati o giustificati dalle norme culturali di un altro determinato gruppo sociale del quale fa parte l'autore del reato.

³⁹ Per tutti si veda ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, in Jus, 1985, 413.

⁴⁰ *IBID.*, p. 415.

⁴¹ In via esemplificativa possiamo citare ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, cit., p. 415, il quale evidenzia come un'autentica premessa al ruolo del consenso possa essere considerata il processo di secolarizzazione che a partire dal XVIII secolo ha consentito l'abbandono della teologia morale nell'ambito del diritto penale moderno. Il diritto penale muta, dunque, da rigidamente retributivo a uno più incentrato sulla prevenzione. Di fondamentale importanza risulta anche l'avvento del pensiero liberale e la sua evoluzione nelle forme delle democrazie partecipative.

*popolo, cui appartiene la sovranità, diviene anche il responsabile del diritto penale*⁴².

Peraltro, la teoria del bene giuridico fa parte dei complessi rapporti tra legislazione e valutazioni sociali, che viene a porsi come strumento di politica criminale⁴³.

Un esempio può essere utile a chiarire il punto. Quando si parla di norme che tutelano il pudore, la decenza, l'incesto (così come il sentimento religioso o la pietà dei defunti) gli aspetti problematici della teoria vengono fuori in modo palese. Si tratta di norme che con difficoltà potrebbero essere totalmente eliminate dal sistema, ma che allo stesso tempo non tutelano beni con un loro "spessore" o "tangibilità". Ciononostante, si tratta di norme dotate di una stabile accettazione sociale⁴⁴.

Si è, dunque, notato che la teoria del bene giuridico, salvo quanto si dirà in seguito, impone di riflettere sul bene come strumento critico di politica criminale e come *"prodotto della funzione valorativa del consenso sociale"*⁴⁵. Il legislatore, nonostante sia formalmente libero di incriminare una condotta, nel rigoroso rispetto dei principi garantistici, *non risulta arbitro* delle sue scelte, *"al contrario egli ha il dovere, con la connessa responsabilità morale e politica"*⁴⁶, di interrogarsi sull'esistenza di un consenso derivante dal contesto sociale nel quale questo opera la selezione dei beni meritevoli di tutela: *"con il consenso sociale, infatti, non è ancora detto che sia lecita qualsiasi norma penale; ma senza il consenso non ne è lecita alcuna"*⁴⁷.

Se, pertanto, il consenso sociale è il presupposto irrinunciabile di ogni norma di incriminazione, bisogna chiedersi però, alla luce dei rischi prima evidenziati, *quale tipo di consenso e, in particolare, quale diffusione* questo debba avere.

⁴² IBID., p. 416.

⁴³ Evidenzieremo nei prossimi paragrafi che il contributo oggi offerto dalla teoria del bene giuridico sia oggi sopravvalutato, specie se si considera che i contorni del concetto di bene giuridico sono tutt'altro che netti. Sul punto si veda ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, cit., pp. 416 ss.

⁴⁴ La teoria del bene giuridico non sembra dunque in grado di consentire una precisa cernita dei beni giuridici meritevoli di tutela penale ma è, allo stesso tempo, *importante* in quanto fornisce un modello di diritto penale ispirato al rispetto dei principi di libertà, tolleranza, egualmente interessato alla retribuzione e alla prevenzione, oltre che incentrato sui principi di *extrema ratio*, proporzione e sussidiarietà. Così, ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, cit., p. 421.

⁴⁵ IBID., p. 421.

⁴⁶ IBID., p. 421.

⁴⁷ IBID., p. 421.

In dottrina, è emersa la necessità che il consenso debba essere largamente presente in vaste cerchie di consociati⁴⁸, in modo tale che la legislazione penale rispecchi nella maniera più fedele possibile, le rappresentazioni di giustizia presenti in un determinato contesto storico e sociale. In caso contrario, verrebbe meno la funzione di orientamento socio-pedagogico propria del diritto penale e quella di stabilizzazione sociale, finendo il diritto penale per divenire “*con l’ingiustizia, la causalità e l’approssimazione dei suoi interventi, un elemento portatore di diseguaglianza tra i consociati, con una potenziale opera di disgregazione delle istituzioni*”. Certo è che non può sussistere un’inferenza diretta delle scelte del legislatore con le richieste di penalizzazione largamente presenti in una società⁴⁹.

Il legislatore deve farsi, dunque, *interprete del contesto di riferimento* nel quale l’approvazione sociale, quale fattore valorativo, risulta uno dei momenti essenziali della vita della norma penale, bilanciando le reali necessità frutto di una convivenza democratica attraverso un atteggiamento di “*riflessività, distanza critica, self restraint*” per operare una costante mediazione politica.

Il discorso deve necessariamente arrestarsi qui. Quello su cui però è opportuno porre l’attenzione è che la definizione di ciò che è meritevole di tutela penale non può essere dedotto dallo stesso diritto penale. Servono, infatti, parametri *esterni, vincolanti* per la teoria del bene giuridico⁵⁰, parametri che nella nostra moderna società devono essere tratti dai *principi pluralistici*⁵¹. I beni giuridici sono, pertanto, da considerarsi *integrati* da un processo di selezione determinato attraverso

⁴⁸ IBID., p. 422.

⁴⁹ Come rileva ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, cit., p. 424, il consenso non sempre si forma in termini di razionalità e citando un passaggio di Friedrich Hegel chiarisce che: “*l’opinione pubblica contiene ad un tempo verità e falsità, ed è compito del potente distinguere l’una dall’altra*”.

⁵⁰ Il riferimento alla teoria del bene giuridico è qui da intendersi in senso descrittivo dello *status quo*. Sulla attuale validità della teoria si vedano i capitoli che seguono.

⁵¹ In dottrina si afferma, infatti, che “*anche nelle moderne società europee i sistemi di valore esterni al diritto penale, che prima erano maggiormente caratterizzati in modo religioso, non sono semplicemente scomparsi, ma piuttosto sono stati sostituiti da sistemi di valore che tengono conto delle concezioni di valore in atto prevalenti, concezioni che si basano sui principi del pluralismo e dell’individualismo normativo*”. Così WOHLERS W., *Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana*, cit., p. 150.

il contesto di riferimento dell'*intesa sociale* relativo alle necessità dei singoli e della collettività⁵².

Ad ogni buon conto, il fatto che la teoria del bene giuridico da sola non sia sufficiente a stabilire quali norme possano essere considerate legittime, non significa che la teoria vada semplicemente congedata. Ogni prospettiva di ridefinizione della teorica dell'offensività deve necessariamente partire dallo studio del bene giuridico quale punto di partenza per la verifica della legittimità delle norme penali.

Ciò detto, sarebbe un abuso dello strumento penale tanto l'utilizzo dello stesso come mezzo di imposizione di concezioni di valore, quanto la mancata penalizzazione di "*comportamenti con i quali vengono ostacolati in modo attivo opinioni, sentimenti e convinzioni*" che non esulano dal quadro del consenso sociale⁵³.

Così, parametro finale e democratico resta quello della discrezionalità del legislatore e del successivo controllo operato dalla Corte Costituzionale (in ordinamenti quali il nostro) sulla norma incriminatrice. Così facendo si evitano i discorsi sui criteri di criminalizzazione lasciati su un piano meramente astratto e di scarsa fattibilità pratica, estranei, peraltro, alle caratteristiche fondanti del diritto penale che ruotano attorno ai comportamenti dell'essere umano.

(B) Resta da chiarire quale sia, invece, la premessa di carattere metodologico. A tal proposito, è opportuno rilevare che la risposta agli interrogativi *perché punire?*, *cosa punire?*, *come punire?* si caratterizza non solo, come abbiamo visto, per un'intrinseca complessità di definizione, ma anche per una necessaria interdisciplinarietà. La consapevolezza di questo aspetto deve rimanere costante, considerando in particolare che, in un'ottica di analisi comparatistica, gli studiosi di altri ordinamenti non sempre analizzano e ripartono le branche del sapere giuridico con lo stesso metro dello studioso italiano.

⁵² IBID., p. 150. L'Autore evidenzia poi che l'impressione superficiale che l'*harm principle* e l'*offence principle* funzionino senza direttive dall'esterno deriva dal fatto che questo approccio ricerca criteri di legittimazione per l'ordinamento penale *da subito* nell'ambito di una società liberale. "*Il parametro esterno al diritto penale non diventa per ciò obsoleto, ma forma la premessa non espressa di tutta l'impostazione*".

⁵³ IBID. p. 151.

Nei sistemi anglo-americani i temi relativi alle scelte di criminalizzazione sono infatti intrisi di questioni filosofiche, sociologiche e morali che vanno ben al di là dei confini della scienza penalistica strettamente intesa.

Sicuri però che di confini certi, in un tema come questo, non si possa parlare, sarà necessario ammettere qualche marginale incursione in altri campi del sapere giuridico, senza con ciò farne oggetto della presente trattazione, la quale riguarda temi che *sono e rimangono* di interesse prettamente penalistico.

2. *Piano del lavoro.*

Il presente lavoro di tesi concerne, pertanto, l'analisi comparatistica del principio di offensività e dell'*harm e offence principle* anglo-americano, alla luce delle più recenti vicende di politica criminale in materia di atti osceni e omofobia.

Analizzeremo, dunque, in primo luogo, il più recente dibattito in tema di principio di offensività: dalle concezioni tradizionali in tema di bene giuridico alla prospettiva costituzionalmente orientata. Nel corso del primo capitolo si vedrà, pertanto, come tale teoria abbia condotto a un fenomeno di smaterializzazione del bene giuridico con conseguente difficoltà di delimitazione dell'area del penalmente rilevante. Sul punto, il presente lavoro non ha pretese di esaustività: al contrario, si analizzeranno quei profili della teorica dell'offensività che risultano essere più utili per la successiva analisi comparatistica. La notorietà del tema all'interno del dibattito nazionale ci consente, infatti, di dare per conosciuti i termini essenziali della questione, concentrandoci sugli aspetti problematici di maggior peso.

All'interno del secondo capitolo si descriverà il dibattito di *common law* in tema di dannosità sociale, dall'elaborazione di J.S. Mill e del filosofo statunitense J. Feinberg, al dibattito della recente dottrina anglo-americana in tema di *liberty-limiting principles*. In particolare, vedremo come l'opera di Feinberg, la quale costituisce tuttora il punto di partenza dello studio dell'*harm e offence principle*, sia stata poi integrata e rivalutata dagli studiosi più recenti, fino a considerare quello che è stato definito come il *collapse* dell'*harm principle*.

I primi due capitoli si collocano, pertanto, in una prospettiva *de iure condito*, lasciando alle riflessioni successive un'indagine critica su prospettive future in tema di offensività nel nostro Paese.

Valorizzando poi la prospettiva di *common law* sull'elaborazione del principio di autonomia personale all'interno del principio del danno e della molestia verranno analizzati nel terzo e nel quarto capitolo due *case study* che ci consentiranno di fare applicazione del principio anglo-americano all'interno di problematiche nazionali in tema di scelte di criminalizzazione. Si forniranno, pertanto, delle prospettive *de iure condendo* in tema di atti osceni e di omofobia.

Infine, nell'ultimo capitolo, considerate le problematiche della teoria del bene giuridico, si esporranno le ragioni per le quali il nostro ordinamento potrebbe essere pronto a procedere verso l'abbandono di tale categoria a favore della prospettiva dell'*harm e offence principle* nell'ottica di una riduzione e contenimento dello strumento penalistico.

CAPITOLO I

L'IMPORTANZA DI UNA PROSPETTIVA COMPARATA IN TEMA DI DANNOSITÀ SOCIALE, TRA TEORIE TRADIZIONALI E TRADIZIONE DELLE TEORIE IN TEMA DI OFFENSIVITÀ.

SOMMARIO: 1. Il problema della dannosità sociale: il sistema anglo-americano e quello italiano a confronto. – 2. Prospettive attuali sul principio di offensività: l'indebolimento della teoria del bene giuridico e i suoi riflessi sul principio di offensività. – 2.1. Le radici del principio di offensività nel dibattito italiano e il suo collegamento con la teoria del bene giuridico. – 2.1.1. Il contenuto del principio di offensività. – 2.1.2. (Segue). Le fonti. – 2.1.3. (Segue). Il ruolo. – 2.1.4. Il sostrato materiale del principio di offensività: la teoria del bene giuridico. – 2.2. Dalla teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico alle sue critiche. – 2.2.1. L'orientamento della Corte Costituzionale sul punto. – 2.3. L'aggiramento del principio di offensività: tecniche legislative e giurisprudenziali di smaterializzazione del bene giuridico. – 2.3.1. L'offensività è un principio debole? Prospettive interpretative alla luce delle insufficienze della teoria del bene giuridico.

1. Il problema della dannosità sociale: il sistema italiano e quello anglo-americano a confronto.

Il diritto anglo-americano può essere descritto come un luogo ove convivono “*isole di tecnicismo in un mare di discrezionalità*”¹. Questa espressione rende molto bene le difficoltà, specie in materia di dannosità sociale, che derivano da una comparazione dei sistemi di *civil law* e di *common law*.

Con il concetto di dannosità sociale si vuole fare riferimento a un ambito unitario, idoneo a comprendere tanto lo studio sul principio di offensività quanto quello sull'*harm – offence principle*. Nonostante le differenze contenutistiche dei due principi, il concetto di dannosità sociale sorge da una comune tradizione liberale, derivante da John Stuart Mill e Cesare Beccaria, idonea a comprendere principi e criteri in materia di scelte di criminalizzazione.

¹ L'espressione si trova in PALAZZO F.C. – PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, Torino, 2013.

Il moderno Stato di diritto, infatti, monopolizza, l'uso della forza: per contrastare la violenza dei singoli o dei gruppi sociali, lo Stato deve a sua volta essere in grado di usare violenza, seppure come risorsa finale².

La caratteristica del diritto penale di essere ad un tempo strumento di tutela della società e di aggressione, comporta che le libertà del singolo subiscano limitazioni in presenza di condotte penalmente rilevanti. Un uso avveduto dell'esercizio statale della forza comporta, comunque, l'individuazione di un criterio oggettivo di selezione dei fatti penalmente rilevanti.

Di queste esigenze si è fatto carico, appunto, il principio di dannosità sociale creato all'epoca dei lumi³. Non si tratta di muovere un rimprovero morale all'autore del reato, ma di verificare la sussistenza di un danno ad altri, con esclusione di atteggiamenti interiori, cattive volontà o pure intenzioni. Questa concezione illuministica del reato si caratterizza per non avere una valenza tecnico-giuridica, ma una, più propriamente, politico-criminale⁴. Si prospetta, dunque, un concetto sostanziale di reato già sul piano politico-legislativo, quale criterio ideale di orientamento del legislatore.

Ciò chiarito, il concetto di dannosità sociale si è sviluppato poi diversamente nei vari ordinamenti. Nell'Europa continentale, tra cui nel nostro ordinamento, la dannosità sociale si esprime nell'*offesa* a un *bene giuridico* ritenuto *meritevole* di tutela da parte dell'ordinamento. Nei sistemi di *common law*, invece, si è espresso nei termini di *harm* (danno) o *offence* (molestia) ad altri, escludendo l'intervento penale nei casi di moralismo e, per certi versi, di paternalismo giuridico.

Sicuri che l'indagine comparatistica consenta una lettura coordinata e sinergica dei due principi, era dunque opportuno ricercare una "grammatica di base", anche da un punto di vista terminologico, che consentisse ai due ordinamenti di incontrarsi su un terreno di discussione aperta. Ecco perché, ai fini della presente

² Si veda FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 104.

³ IBID., p. 105.

⁴ IBID., p. 105. Ad ogni buon conto, è possibile notare che le intenzioni illuministiche sono riuscite solo in parte. Si pensi da un lato, all'intento di secolarizzazione del diritto penale e, dall'altro, alla riduzione dell'area del penalmente rilevante. Proprio per questo motivo sarebbe interessante interrogarci sul *perché*, a livello storico, non siamo riusciti ad attuare con coerenza tale messaggio. In particolare, l'Autore si chiede se "*non sia colpa dello stesso illuminismo penale*": un'eventuale ingenuità del pensiero settecentesco sul punto potrebbe essere concausa della inadeguatezza delle teorizzazioni di oggi.

trattazione, si è scelto di utilizzare il concetto di “dannosità sociale”, concetto che per le caratteristiche che abbiamo individuato risulta idoneo a svolgere tale funzione di collegamento.

Nei paragrafi che seguono verranno analizzati più nel dettaglio questi principi.

In primo luogo, si guarderà al principio continentale di offensività, così come recepito nel nostro ordinamento, dalle sue radici a una prospettiva di più spiccata e attuale elaborazione dottrinale. In particolare, se ne analizzeranno le funzioni e le caratteristiche fondamentali per poi descrivere la teoria su cui esso poggia e cioè quella del bene giuridico. In proposito si analizzeranno le recenti tesi della dottrina italiana e quello che è stato definito l’indebolimento del concetto di bene giuridico.

In secondo luogo, si analizzerà l’*harm e offence principle* alla luce del più recente dibattito anglo-americano: dalla matrice liberale del principio, alla lettura che dello stesso è stata data nelle opere della più recente dottrina, la quale ne ha spesso evidenziato limiti e problematicità.

Data la notorietà e l’ampiezza del dibattito nazionale sul principio di offensività verrà privilegiata nel corso della prima parte una modalità discorsiva, che si ritiene possa essere utile anche per lo studioso straniero, la quale dia conto del dibattito e delle sue principali novità e caratteristiche, rimandando poi al lettore eventuali approfondimenti.

Per quanto concerne il principio anglo-americano del danno e della molestia verrà analizzato con gli occhi del giurista interno nel secondo capitolo. Così facendo si attuerà un modello di comparazione che consentirà di verificare le caratteristiche concettuali del principio attraverso una parte più descrittiva, per poi passare successivamente a un’indagine critica.

2. Prospettive attuali sul principio di offensività: l’indebolimento della teoria del bene giuridico e i suoi riflessi sul principio di offensività.

2.1. Le radici del principio di offensività nel dibattito italiano e il suo collegamento con la teoria del bene giuridico.

Lo studio delle radici del principio di offensività può essere suddiviso in tre parti, concernenti il *contenuto*, le *fonti* e il *ruolo* che ha giocato nell'ambito della scienza penalistica. Analizzeremo, pertanto, tali profili prima di verificare la sua evoluzione interpretativa nell'ambito della più recente dottrina e giurisprudenza, specie costituzionale.

2.1.1. Il contenuto del principio di offensività.

L'accoglimento della teorica relativa al principio di offensività implica e presuppone una ben determinata concezione del diritto penale e, di conseguenza, del reato.

Dato che tale principio si esprime con la dialettica della tutela di *beni giuridici* considerati *meritevoli* da parte dell'ordinamento, il reato può a sua volta essere definito come quel fatto umano che *leda* o metta in *pericolo* tali beni⁵.

Assieme agli altri principi, quali la legalità, la materialità e la soggettività, l'offensività fonda e delimita il campo di azione del diritto penale nel nostro ordinamento.

Non solo. Il principio di offensività, avendo a che fare con l'individuazione e la selezione di fatti che possono essere considerati meritevoli di tutela penale, sancisce che questi devono essere in qualche modo verificabili. Il legislatore va, infatti, incontro anche a vincoli di realtà e non solamente di valore⁶.

Il principio di offensività, è bene ribadirlo, ha una chiara origine liberale e una indubbia *ratio* garantista essendo chiamato a impedire l'arbitrio prevaricatore del potere punitivo. In questa prospettiva, si è affermato⁷, lungi dall'esservi conflitto tra

⁵ FIANDACA G., *L'offensività è un principio codificabile?*, in Foro it., 2001, 5, 1, p. 1. L'Autore evidenzia anche come, nonostante nella realtà le cose non siano sempre così semplici, la concezione di un diritto penale fondata sul principio di offensività e sulla tutela dei beni giuridici continui a svolgere una *rassicurante* funzione, dato che evoca un diritto penale di ascendenza illuministico-liberale, di orientamento prevalentemente oggettivo e ispirato all'idea dell'*extrema ratio*. Su un piano empirico, infatti, il bene giuridico, come vedremo nei paragrafi che seguono, viene utilizzato piuttosto che in funzione critico-descrittiva della punibilità, come criterio estensivo dell'area del penalmente rilevante, svolgendo a livello teorico una funzione appunto rassicurante per l'interprete, ma poi tradendo, seppure in parte, le aspettative di derivazione illuministica.

⁶ PULITANO D., *Offensività del reato (principio di)*, in Enc. dir., Annali XIII, Giuffrè, Milano, 665, p. 674. Sul punto si è cercato, comunque, di porre l'accento nella prima parte della presente trattazione.

⁷ PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, 350, par. 4.

istanza di garanzia e istanza democratica, esso si pone come strumento di salvaguardia, “*indiretta e successiva*” dei valori democratici⁸.

Il principio di offensività rappresenta una delle più originali caratteristiche dell’orientamento costituzionalistico italiano al diritto penale⁹. Non esistono, si ritiene di condividere, principi europei e sovranazionali che gli corrispondano pienamente¹⁰.

I suoi elementi distintivi possono essere individuati, tra l’altro, in ciò: esso funge, da un lato, quale criterio legislativo e, dall’altro, quale criterio giudiziario-interpretativo.

Il primo si rivolge, pertanto, al legislatore al momento della selezione di un fatto penalmente rilevante in quanto lesivo di un interesse meritevole di tutela penale, il secondo si rivolge all’interprete al momento dell’applicazione. Quale criterio ermeneutico, il principio di offensività non è autosufficiente, in quanto si colloca nel quadro complessivo degli elementi rilevanti per l’interpretazione delle norme e dei fatti: “*là dove finisce la loro potenzialità ermeneutica (per la dipendenza dai testi di legge) si apre lo spazio per altre questioni, di legittimità costituzionale o di politica del diritto*”¹¹.

Nell’elaborazione di questi due canoni del principio di offensività ha svolto un ruolo fondamentale la vasta giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale ha formato e arricchito la teorica dell’offensività all’atto di esercitare la sua funzione di giudice delle leggi. Si pensi, in materia di fattispecie di pericolo, alle sentenze interpretative di rigetto, le quali hanno valorizzato il principio di offensività come principio costituzionale che opera “*dal momento dell’astratta predisposizione normativa a quello dell’applicazione concreta da parte del giudice*”¹².

La Corte Costituzionale ha accolto, come vedremo, una lettura che può essere definita “debole” del principio.

⁸ IBID., par. 4.

⁹ DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in Dir. pen. cont., 4, 2013, 22, p. 4.

¹⁰ IBID., p. 5. Si afferma, infatti, che praticamente tutti questi principi europei e sovranazionali si sono ormai “*conciliati*” con forme di reato quali quelle di pericolo astratto o presunto a tutela di interessi collettivi, universali o ideali.

¹¹ PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 679.

¹² IBID., p. 677.

In altri ordinamenti, al contrario, le caratteristiche dei principi alla base dei criteri di criminalizzazione da un lato, e l'assenza, dall'altro, di un organo analogo alla Corte Costituzionale, hanno contribuito a uno sviluppo totalmente diverso del dibattito relativo alla dannosità sociale. Si pensi sotto tale ultimo profilo ai sistemi di *common law* laddove in Inghilterra, manca un organo di legittimità costituzionale essendo assente, in primo luogo, una Costituzione scritta, e agli Stati Uniti dove è, invece, presente un controllo di costituzionalità di tipo diffuso. A livello poi di nozione generale, quella dell'offensività ha, in ogni caso, un contenuto profondamente diverso rispetto agli altri principi di tradizione europea sia continentale che non.

Nella storia del diritto penale, la concezione di reato derivante dal principio di offensività si contrappone alla concezione dello stesso come mera disubbidienza. La sua funzione primaria è quella di ribadire “*il divieto di spingere il diritto penale negli illiberali territori della tutela dell'ideologia di regime e dell'obbedienza statolatrica incondizionata*”¹³.

Sostanzandosi nell'offesa a un bene giuridico il principio di offensività segue il brocardo *nullum crimen sine iniuria*, integrando e presupponendo il principio di materialità del fatto. Grazie alla combinazione tra il principio di materialità e quello di offensività si evita un diritto penale dei meri atteggiamenti interni, così come non si accoglie l'idea che un fatto materiale possa essere anche non offensivo assicurando, così, il binomio materialità-offensività¹⁴.

L'offensività si lega, ad ogni buon conto, a doppio filo con il principio della riserva assoluta di legge, il quale riveste oggi le caratteristiche della garanzia prima

¹³ Così, PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., par. 4.

¹⁴ Per tutti si veda MANTOVANI F., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 447. Si veda anche la manualistica sul punto: CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova, 2015; FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto Penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova, 2015; MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2015; PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit.; PADOVANI T., *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2012; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2015; RAMACCI F., *Corso di diritto penale* (a cura di Guerrini R.), Giappichelli, Torino, 2015. Quanto poi alla problematica compatibilità di alcuni istituti con il principio di offensività si veda ad esempio, RIONDATO S. – GUERRINI R. – MAZZA L., *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, CEDAM, Padova, 2004.

contro le involuzioni autoritarie e degenerative del diritto penale nel suo stesso modo di produzione¹⁵.

E' opportuno chiarire che le peculiarità del principio di offensività si notano non solo rispetto a principi propri di altri ordinamenti, ma anche all'interno del nostro sistema penale con riferimento alle altre categorie penalistiche.

Se si pensa, ad esempio, alla legalità o alla colpevolezza, questi principi vogliono delineare i caratteri essenziali dello *strumento* della tutela. Quello di offensività, invece, concerne gli *oggetti* della tutela e i *contenuti* della norma incriminatrice, definendo il contenuto materiale della tutela penale. Inoltre, il giudizio di costituzionalità si atteggia in modo diverso nei principi ora citati. Nel caso del principio di legalità o di colpevolezza, il parametro di riferimento ha un oggetto materiale predeterminato, risolvendosi in un accertamento di conformità o meno rispetto alla norma impugnata. Al contrario, nel caso del principio di offensività, il controllo di costituzionalità si risolve in una continua ricerca e successiva individuazione del parametro di riferimento, nei termini della definizione dell'interesse meritevole di tutela, da parte della Corte Costituzionale¹⁶.

2.1.2. (Segue). Le fonti.

Il problema del fondamento normativo del principio di offensività si risolve da un lato, nella ricerca del suo fondamento costituzionale e, dall'altro, del fondamento codicistico dello stesso.

Sotto il primo profilo, nonostante il fatto che la nostra Costituzione non menzioni in modo espresso il principio di offensività, tale principio può essere desunto da una fitta rete di disposizioni costituzionali, ben più solide di quello che vedremo essere stato il tentativo di appiglio codicistico effettuato dalla c.d. concezione realistica del reato¹⁷.

¹⁵ PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., par. 4.

¹⁶ IBID., par. 1. Sull'opera della Corte Costituzionale in materia, diremo meglio in seguito.

¹⁷ Nella giurisprudenza ordinaria, invece, il principio di offensività è stato spesso agganciato all'art. 49 c.p. in sentenze che lo assumono a fondamento di interpretazioni restrittive ed esclusioni di responsabilità. Si veda sul punto PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 678. Si pensi per tutti alla materia di falsi, oppure per interpretazioni di segno diverso quella in tema di stupefacenti.

I principi costituzionali dai quali si desume la costituzionalizzazione dell'offensività sono: l'art. 13 Cost. sul diritto di libertà personale, l'art. 27 co. 1 Cost. sul divieto di strumentalizzazione dell'individuo che sancisce il carattere personale della responsabilità penale, gli artt. 25 e 27 Cost. che distinguono la pena dalla misura di sicurezza, l'art. 27 co. 3 Cost. laddove dall'incriminazione di un fatto solo in quanto offensivo fa derivare la funzione retributiva-rieducativa della pena, l'art. 25 co. 2 ove il termine "*fatto commesso*" indica che la condotta non può essere meramente disubbidiente, ma deve concretarsi in un evento offensivo¹⁸.

Sotto il secondo profilo, con l'intento di rendere meno obsoleto il dato positivo derivante dal codice Rocco, parte della dottrina ha tentato di individuare il fondamento del principio di offensività direttamente nel codice penale all'art. 49 co. 2 c.p.¹⁹ Il punto non può essere qui analizzato. Basti però evidenziare che la doppia

¹⁸ Si veda ad esempio MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale* (ed. 2011), cit., p. 186.

¹⁹ La norma, laddove esclude la punibilità del reato impossibile, che si ha quando per inidoneità della azione è impossibile l'evento dannoso o pericoloso, avrebbe dunque il preciso intento di far ricercare all'interprete la concreta offesa al bene giuridico (c.d. concezione realistica del reato). La teoria si sviluppa anche attorno alle disposizioni di cui all'art. 40 e 43 c.p. laddove si parla di "*evento dannoso o pericoloso*". Questa formula farebbe, dunque, riferimento all'evento in senso giuridico consistente nell'offesa insita in qualsiasi reato e che sarebbe di conseguenza da rinvenirsi qualora si ledesse una data situazione di beni-interessi. La norma sul reato impossibile starebbe dunque ad evidenziare che non basta che un fatto sia formalmente conforme al tipo descritto nella norma incriminatrice di parte speciale, ma che occorre anche che, in concreto, sia idoneo a ledere o porre in pericolo interessi tutelati dalla norma. Si veda sul punto PULITANO D., *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 677. La teoria, che non può essere qui compiutamente analizzata, ha ricevuto forti critiche in dottrina poiché, si è affermato [si veda MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale* (ed. 2011), cit., p. 192], o l'offesa rientra nella tipicità, come nei reati c.d. di offesa, e allora il fatto inoffensivo è non punibile ma perché atipico, oppure non vi rientra, come appunto nei reati c.d. senza offesa o di scopo. Pretendere che un reato, nella fase di applicazione concreta della norma, fosse oltre che tipico anche inoffensivo varrebbe ad infrangere il principio di legalità, perché porterebbe l'interprete ad attingere l'offesa non nella fattispecie incriminatrice, ma in criteri di valutazione extralegislativi. A ciò si aggiunga che non tutte le fattispecie possono essere reinterprete in chiave di effettiva lesione o di pericolo concreto senza violare il principio di legalità. Il problema è che la teoria richiede, per poter operare, l'individuazione di un bene giuridico ben preciso, operazione questa non sempre di facile conclusione dato che la descrizione normativa porta a una frequente volatizzazione del bene giuridico sottostante alla norma stessa. Si veda FIANDACA G., *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale* (a cura di Stile A. M.), Jovene, Napoli, 1991, p. 73. Nonostante i limiti della teoria, è doveroso ribadire un punto già emerso in dottrina e, in particolare, come la concezione realistica non costituisca, in ogni caso, frutto di una "*mera esercitazione accademica*", ma rifletta in maniera più o meno esplicita "*esigenze di fondo che già ben si avvertivano nel clima storico e politico della fine degli anni sessanta: esigenze cioè di stampo 'antiformalistico', alimentate dalla crescente consapevolezza dell'inevitabilità pressoché irreversibile di molte parti del codice Rocco*". In questo modo, la concezione realistica diventava lo strumento, delegato ai giudici, per ammodernare un codice che non riusciva ad essere ammodernato attraverso la via delle riforme legislative. Nonostante ciò, come si è avuto modo di notare, il bilancio complessivo è abbastanza modesto, risoltosi soprattutto nell'ambito dei delitti contro la fede pubblica e contro l'amministrazione della giustizia.

anima del principio di offensività e cioè quella che lo vede come canone per il legislatore e come canone per l'interprete mostra come il dibattito sulla offensività in astratto e quella in concreto sia una delle costanti dell'elaborazione dottrina del nostro tempo. Non stenta a riemergere tale dicotomia anche nella più recente dottrina laddove, ad esempio, si pensi all'istituto della particolare tenuità del fatto.

2.1.3. (Segue). Il ruolo.

Come è noto, il principio di offensività, pone una serie di problemi. Oltre al problema del fondamento, vi è il problema del suo oggetto, delle tecniche di attuazione dello stesso come canone di criminalizzazione e di interpretazione, del grado di anticipazione della tutela del bene giuridico e del suo valore assoluto o relativo²⁰.

Sull'oggetto e, segnatamente sulla possibile rilevanza costituzionale del bene giuridico, nonché sulle tecniche di attuazione (e di aggiramento dello stesso) diremo meglio in seguito.

Quanto invece agli altri due profili giova effettuare qualche precisazione di fondo, senza comunque, poter entrare nel dettaglio della ricostruzione del dibattito che li caratterizza.

Sotto il profilo del grado di anticipazione della tutela, sono pacificamente ammesse²¹ deroghe necessarie per la prevenzione delle offese a beni giuridici primari. Si ritiene, infatti, che ciò sia ammissibile onde evitare di cadere in un "garantismo da Illuminismo fuori dal tempo e avulso dalle concrete esigenze di politica criminale" dovendo, pertanto, l'offensività essere intesa come una direttrice di politica legislativa penale.

Questa considerazione, unita alla definizione di reato come fatto idoneo a ledere o a porre in pericolo un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, ha consentito che si sviluppasse la distinzione tra reati di offesa e reati di scopo (o senza offesa)²².

²⁰ IBID., p. 187.

²¹ MANTOVANI F., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, cit., p. 451.

²² Nei reati di offesa, l'offesa a un preesistente bene giuridico è un elemento costitutivo del reato. Ciò accade nei reati di danno o di pericolo. Nel secondo caso, si incrimina non l'offesa a un bene

Modelli di tutela anticipata sono anche quelli che vengono in considerazione “sotto l’etichetta tutela delle funzioni”²³. Si tratta di discipline speciali che assumono a tutela particolari funzioni amministrative di gestione o di controllo di determinate attività²⁴.

Ciò chiarito, l’esigenza che la *tipizzazione normativa del pericolo* abbia un fondamento empirico *discende dal principio di offensività* stesso²⁵. Il punto è capire fino a che punto possa essere anticipata la tutela penale, alla luce del principio di offensività. Non a caso, su tali reati, non solo la giurisprudenza della Corte

giuridico, ma la realizzazione di situazioni che lo Stato ha interesse a che non si realizzino, si pensi per tutti ai c.d. reati ostacolo. Gli ordinamenti penali conoscono, infatti, anche modelli molto anticipati di intervento.

Se guardiamo in particolare alla controversa categoria dei reati di pericolo, tale anticipazione si concreta in una potenzialità di danno. Il pericolo può essere, infatti, definito come il prodotto graduabile di due fattori: la gravità del danno che potrebbe essere conseguenza del pericolo cagionato, e la probabilità dell’evolversi del pericolo in danno effettivo. Si veda PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 674.

Si parla, come è noto, di una tripartizione (o bipartizione secondo altri orientamenti) tra reati di pericolo concreto, astratto e presunto.

Nei reati di pericolo concreto, la norma richiede che il pericolo debba effettivamente sussistere costituendo questo un elemento espresso. Nei reati di pericolo astratto, invece, il pericolo non è un requisito tipico, ma essendo insito nella condotta, il giudice deve accertare la conformità del fatto al tipo legale. Si tratta in tale ultimo caso di quelle fattispecie che per loro natura precludono la possibilità di controllare sia *ex ante* che *ex post* l’esistenza delle condizioni dell’evento lesivo. Infine, nei reati di pericolo presunto, questo non è necessariamente insito nella stessa condotta poiché nel momento in cui essa si dispiega è sì possibile controllare l’esistenza o meno del pericolo stesso, ma questo viene comunque presunto *iuris et de iure* dal legislatore.

Secondo una radicale e risalente critica, le fattispecie di pericolo presunto sarebbero in realtà reati di mera disobbedienza. La pena, in tali casi, avrebbe esclusivamente una funzione preventiva. Questa critica evidenzia il problema di legittimazione della pretesa d’obbedienza incorporata nella norma: il valore della condotta disobbediente, si afferma, non può essere creato dall’arbitrio del legislatore.

In ogni caso, l’anticipazione della tutela può legittimarsi in ragione dell’importanza dei beni cui apprestare tutela e di ulteriori condizioni che devono essere verificate in concreto. E’ opportuno inoltre segnalare che la Corte Costituzionale ha respinto la maggior parte delle questioni *in bonam partem* su fattispecie rispetto alle quali si contestava la valutazione legislativa di pericolo. La discrezionalità del legislatore si estende fino a considerare in maniera autonoma l’individuazione delle condizioni alle quali collegare una presunzione di pericolo, ciò nel rispetto del limite della manifesta irragionevolezza. Il legislatore, se non è arbitro delle scelte di criminalizzazione, deve ancorare ciascun reato alla presenza di una dannosità sociale tenendo conto del rango costituzionale degli interessi tutelati.

Le esigenze di utilizzo di fattispecie di pericolo astratto possono essere diverse. Si pensi alle incertezze probatorie sussistenti nei casi di reati di pericolo concreto e, soprattutto, alle esigenze di disciplina di attività tipicamente rischiose, o comunque bisognose di specifica regolamentazione, a tutela degli interessi coinvolti. Di fronte all’esigenza di tutela di beni primari da situazioni di pericolo ricorrenti appare pacifico in dottrina la ragionevolezza della scelta di prevenire i rischi tipici adottando misure standardizzate, individuate sulla base di regole di esperienza tecnica o scientifica.

²³ PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 675. Si veda anche MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 95 ss.

²⁴ Si pensi ad attività di autorizzazione, poteri di vigilanza e controllo e così via.

²⁵ PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 675.

Costituzionale è stata molto vasta, ma si tratta di temi idonei a fungere da banco di prova della tenuta del concetto di bene giuridico²⁶.

Ecco perché si ritiene che il principio di offensività abbia un valore relativo, essendo esso principio regolare che può ammettere deroghe, ove necessarie²⁷. E' comunque importante precisare che le deroghe devono essere da un lato, irrinunciabili e, dall'altro, assolutamente eccezionali, onde preservare la sua primaria funzione delimitativa.

2.1.4. Il sostrato materiale del principio di offensività: la teoria del bene giuridico.

(A) Delimitate così in termini essenziali le caratteristiche del principio di offensività, è ora opportuno definire la teoria che nel nostro ordinamento dà corpo e sostanza allo stesso: la teoria del bene giuridico. L'oggetto del principio di offensività si risolve, infatti, nella definizione di ciò che può essere considerato un bene giuridico *meritevole* di tutela penale.

La teoria del bene giuridico rappresenta una delle principali peculiarità della dottrina penalistica europeo-continentale essendo, invece, estranea agli ordinamenti di tradizione anglo-americana.

Come abbiamo già anticipato, gli studiosi di *common law* ricorrono a un concetto in parte simile²⁸. L'*harm principle* ha, come è noto, un'ispirazione ideologica di tipo liberale-individualistico: così da un lato, la lesione è concepita

²⁶ Inoltre, quanto all'elaborazione della Corte Costituzionale, in dottrina si è affermato che, nonostante la Corte abbia ben presente le categorie dogmatiche dell'offesa, e cioè di lesione, di pericolo (concreto, astratto o presunto) non pare che essa ne tragga conseguenze stringenti sul piano della legittimità della norma impugnata. Infatti, il pericolo presunto è stato ritenuto ammissibile da parte della Corte in più occasioni in sede di controllo del contenuto di disvalore del reato. Si può, dunque, ravvisare una probabile contraddizione tra la legittimazione della soglia della tutela del pericolo presunto (spesso ritenuta in dottrina incompatibile con il principio di offensività) e la frequente affermazione della Corte di basare la propria elaborazione sullo stesso principio di offensività. Non pare, secondo l'Autore che l'atteggiamento sia più di tanto censurabile, considerato che l'esatta individuazione della soglia di tutela sulla quale si attesta una fattispecie è relativa, dipendendo dal bene giuridico tutelato, all'individuazione del quale concorre spesso "un ampio margine di incertezza se non di arbitrarietà". Così, PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., par. 3.

²⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale* (ed. 2011), cit., p. 188.

²⁸ FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 115.

come lesione *individuale* di interessi *individuali* di altri, dall'altro, si esclude che lo Stato possa, a mezzo di norme penali, esercitare una funzione di tipo paternalistico.

Ad ogni buon conto, per quanto concerne il principio continentale di offensività, in dottrina si è sottolineato che, senza bene giuridico il discorso sull'offesa non ha base strutturale²⁹. Il concetto di offesa non ha, infatti, senso senza oggetti determinati rispetto ai quali essa è concepibile³⁰.

Vero ciò, è bene chiarire fin da subito che seppure il principio di offensività e la teoria del bene giuridico siano legate e servano l'una per definire l'altra, assolvono comunque a due diverse funzioni e, di conseguenza, l'eventuale crisi di una delle due categorie non comporta necessariamente la crisi dell'altra.

Infatti, mentre il concetto di bene giuridico può essere usato sia in chiave *espansiva* che *restrittiva*, il principio di offensività ha una connotazione restrittiva, dato che si colloca in funzione della sussidiarietà e dell'*ultima ratio* attenendo dunque a un'operazione di restrizione garantistica³¹. Principio di offensività e bene giuridico dunque sono due nozioni che afferiscono a una diversa radice concettuale. Tale diversità non esclude, però, un'identità di funzione che si risolve appunto in una legittimazione e delimitazione dell'intervento penale. Sono, quindi, due facce della stessa medaglia e, si è affermato, che "*lo spazio aperto ad un possibile intervento penale si estende fin dove arriva il fondamento di legittimazione*"³².

La complessità di definizione che si riscontra nella nozione di bene giuridico non deve comunque sorprendere troppo, essendo circostanza comune a molte delle categorie della parte generale del diritto penale. Tale nozione è stata, infatti, definita come un *concetto-limite*³³, che sta dentro e fuori dal diritto penale.

In via esemplificativa possiamo enunciare una serie di interrogativi che sono sorti fin dalla definizione ottocentesca di bene giuridico, tramandata nei suoi elementi essenziali, fino ai nostri giorni. Quali sono nel dettaglio gli oggetti offendibili? Il concetto di offendibilità va inteso in senso esclusivamente fisico, come aggredibilità materiale o, invece, devono essere comprese entità immateriali? E,

²⁹ DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 8.

³⁰ PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 666.

³¹ Si veda sul punto DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 7.

³² PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 674.

³³ FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 109.

infine, quali sono i criteri di selezioni di tali beni? La potenzialità espansiva di un'offesa a un bene è, infatti, molto ampia, risultando contenuta in ordinamenti come il nostro in primo luogo da altri principi, quali quello di legalità³⁴.

(B) Quanto all'origine del concetto di bene giuridico, questo nasce a metà Ottocento, con il saggio del 1834 di Johannes Birnbaum. Il bene giuridico sorge in chiave descrittiva del diritto penale vigente più che con funzione critica³⁵.

Il concetto di bene giuridico è stato utilizzato, infatti, per superare la tesi, di ascendenza illuministica, che vedeva quali legittimi oggetti della tutela penale *esclusivamente* i diritti soggettivi.

Tale tesi, troppo restrittiva, veniva così sostituita dal concetto di bene giuridico che, come si può notare, sorge in chiave espansiva della tutela penale. A ben vedere, tale circostanza caratterizza la nozione di bene giuridico fin dalla sua genesi.

Nella definizione di Birnbaum il delitto era *“la lesione o la messa in pericolo, imputabile alla volontà umana, di un bene che deve essere garantito a tutti in egual misura attraverso la coercizione penale”*³⁶. La nuova definizione consente, dunque, di legittimare l'intervento penale per interessi anche di natura collettiva, oltre che individuale, quali la religione e la moralità. L'etichetta di bene giuridico è, infatti, così generica da risultare idonea a essere piegata ad usi diversi³⁷.

³⁴ IBID., p. 110. Su tali interrogativi torneremo più diffusamente nei paragrafi che seguono.

³⁵ DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 6.

³⁶ Si veda FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 108. In dottrina, FIANDACA G., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 15, ci si è chiesti se tale impostazione teorica si sia caratterizzata per una mera revisione tecnicamente migliorativa della teorizzazione illuministica precedente oppure se essa non sia piuttosto un suo rinnegamento, anche sotto l'aspetto politico-ideologico. Non manca, infatti, chi non pone in dubbio la vocazione liberale della teoria del bene giuridico, la quale sarebbe così idonea a porsi in sostanziale continuità con la concezione illuministica del reato. Si veda in tal senso GUZMAN DALBORA J.L., *Sul significato intrinseco e sul valore attuale della teoria del bene giuridico nell'opera di Birnbaum*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 2/2010, 371. Ebbene, secondo Fiandaca, invece la ricostruzione del pensiero di Birnbaum presenta profili problematici che impediscono di fornirne letture univoche. Ciò in particolare perché la terza decade dell'Ottocento è un'epoca ormai non più impregnata di filosofia liberale-individualista, bensì intrisa di *“romanticismo politico conservatore (se non reazionario)”*. Si tratta così di *“un contesto nel quale il pensiero di orientamento liberale non poteva più pretendere di vantare lo stesso tipo di influenza che ambiva a esercitare nell'epoca immediatamente precedente”*. Si veda Fiandaca, op. cit., p. 16. I riferimenti di Birnbaum a criteri di natura o di ragione dovrebbero pertanto essere letti in un'ottica più vicina al senso comune che in una accezione filosofica ben precisa. Con ogni probabilità, pertanto, tale concezione del reato voleva emanciparsi dal modello del contratto sociale e dalla corrispondente concezione della dannosità sociale come violazione di un diritto soggettivo.

³⁷ FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 108.

Tale diversa concezione dell'oggetto della tutela penale, rispetto alla precedente visione illuminista, sembra poter avere implicazioni politiche rilevanti. In particolare, *“lo sganciamento dei concetti sia di danno sociale che di bene protetto da qualsiasi presupposta teoria della società [in particolare quella del contratto sociale] finirebbe, di fatto (cioè anche al di là di quelle che potevano essere le intenzioni soggettive di Birnbaum), con l'affidare la selezione degli oggetti della tutela penale alla mera discrezionalità politica del legislatore”*³⁸.

Nei successivi sviluppi teorici, la teoria del bene giuridico è andata sviluppandosi sotto il profilo tecnico-giuridico, divenendo più consona a quel positivismo giuridico che assunse un ruolo predominante alla fine dell'Ottocento.

Si pensi in proposito alla concezione di Karl Binding il quale aggiunge al “bene” l'aggettivo “giuridico”. Tale circostanza comporta che il reato sia stato definito come la violazione punibile di un precetto legislativo. La definizione, per lo più formale, necessita di un'integrazione sotto il profilo contenutistico, integrazione che compierà il legislatore attraverso una *sua* valutazione. Il limite, ancora una volta, è che egli non sottostà a criteri o limiti sostanziali prestabiliti. Così *“in forza di questa enfasi posta sulla libertà legislativa di scegliere i beni tutelabili, la categoria del bene giuridico finisce in realtà col presentare un'ambiguità o ambivalenza, che non è più soltanto politica, ma anche concettuale”*, nel senso che d'ora in avanti, anche grazie a una mentalità propria del positivismo giuridico – attenta al diritto com'è e non a come dovrebbe essere – il concetto di bene giuridico verrà utilizzato *“sempre meno in chiave di legittimazione critica delle norme penali”* e sempre più come concetto tecnico interno al diritto positivo deputato a svolgere funzioni utili in

³⁸ FIANDACA G., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, cit., p. 17. L'Autore precisa che, comunque, una conclusione di questo genere potrebbe apparire forzata, potendosi intravedere un'impronta liberale e non quindi una concezione buona per tutti gli usi politici. Ciò sotto due aspetti. Da un lato, Birnbaum pone un presupposto oggettivo per evitare ogni forma di arbitrio, dall'altro, sostenere che non c'è reato senza lesione di un bene, significa comunque frapporre un limite all'abuso legislativo. Il carattere politicamente ambiguo della teoria resta, ciononostante, un dato di fatto, anche perché per stabilire cosa sia “bene meritevole di tutela” è necessario un atto valutativo da parte di un soggetto che, nel nostro caso, è il legislatore. Del resto *“una pretesa di una piena oggettivizzazione dei giudizi di valore sarebbe in contrasto con la realtà”*. Allora, la teoria del bene giuridico non reca con sé una intrinseca impronta liberale *“diversamente da quanto hanno ritenuto non pochi studiosi tedeschi di epoche successive”*, ma risulta piuttosto essere una teoria politicamente aperta, *“nel senso che le sue possibili valenze o implicazioni politiche non derivano da sue connotazioni intrinseche, ma dipendono dall'uso (politico) che di volta se ne può fare sulla base di premesse politico-ideologiche che stanno a monte”*. Si veda *funditus* op. cit., p. 18.

chiave dogmatico-sistematica dei reati e di interpretazione-applicazione delle leggi³⁹. Come vedremo, peraltro, ogni successivo tentativo di rivitalizzazione del concetto di bene giuridico attraverso elementi pre-positivi sconta forti limiti di praticabilità dovuti alle caratteristiche dello stesso e, in primo luogo, alla sua vaghezza e ambiguità di fondo.

(C) Analizzate le origini storiche del concetto di bene giuridico, è opportuno verificare quali siano le sue attuali funzioni nel nostro ordinamento. In particolare, è noto che il bene giuridico è una categoria descrittiva, classificatoria ed ermeneutica⁴⁰.

E' descrittiva poiché, potremmo dire, identifica una determinata entità suscettibile di protezione a livello contenutistico; è classificatoria perché viene utilizzata per catalogare a livello di diritto positivo le fattispecie incriminatrici⁴¹; ed è ermeneutica perché viene utilizzata dall'interprete.

A livello contenutistico, i beni giuridici possono essere definiti come *gli oggetti di tutela selezionati dal diritto penale in un determinato ordinamento giuridico*. A rigore, il diritto penale *trova* il bene giuridico e non lo crea. Tale affermazione, alla luce della più recente elaborazione dottrinale deve comunque essere verificata in fenomeni quali, ad esempio, quello della smaterializzazione.

Ad ogni buon conto, la problematicità della nozione di bene giuridico emerge già a livello di definizione concettuale. Infatti, le definizioni che nel tempo sono state fornite sono molteplici: "oggetti", "situazioni", "cose", "dati", "potenzialità", "funzioni", "relazioni", "valori" e così via enumerando⁴². In ogni caso, il minimo comune denominatore è rappresentato dalla considerazione che il bene giuridico deve essere un'entità dotata, in qualche modo, di valore. Ecco così che tale vincolo di razionalità ha a che fare con lo stesso principio di legalità: *"la norma penale deve fornire una descrizione intellegibile della fattispecie astratta e riferirsi a fattispecie corrispondenti alla realtà, suscettibili di verifica empirica [...]* E' questo lo sfondo

³⁹ IBID., p. 20.

⁴⁰ DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 7.

⁴¹ Si pensi al codice Rocco, organizzato sulla base degli oggetti giuridici tutelati.

⁴² FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 110.

*dell'affermazione che definisce la materialità del fatto come premessa epistemologica della teoria del bene giuridico*⁴³.

Così, la nozione di bene giuridico è stata utilizzata sia in senso *intra-sistemico* (1) che *meta-sistemico* (2)⁴⁴.

(1) Nel primo senso ci si riferisce all'uso che della categoria di bene giuridico può essere fatta nel diritto penale vigente ai fini della ricostruzione e dell'interpretazione delle norme.

Si parla in proposito di *funzione dogmatico-interpretativa del bene giuridico*. L'interprete in questo senso deve considerare meritevole di tutela i beni giuridici che il legislatore ha già selezionato nella sua previa opera di predisposizione della fattispecie incriminatrice. La funzione ermeneutica consiste, pertanto, nell'assumere il bene a *strumento di interpretazione* delle singole fattispecie incriminatrici. E' un canone che può essere definito teleologico: il bene giuridico serve, dunque, all'interprete a precisare il significato degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice⁴⁵, oltre che come strumento di distribuzione delle fattispecie all'interno del codice⁴⁶.

⁴³ PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 667.

⁴⁴ FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 111.

⁴⁵ A cavallo tra '800 e '900, si sviluppa una diversa concezione del bene giuridico, c.d. metodologica, secondo la quale questo coincide con lo scopo di tutela delle singole norme giuridiche, così come riconosciuto dal legislatore.

Dato che la concezione del reato nella storia del diritto penale si è sempre mossa tra una ricostruzione del reato quale offesa a un bene giuridico o, al contrario, quale mera violazione di un dovere imposto al soggetto, negli anni '30 del secolo scorso si privilegiò la seconda concezione in grado di denotare i tratti fondamentali del diritto penale come a base più soggettivista che oggettivistica. L'attenzione era, dunque, spostata su una concezione di reato espressione di uno Stato autoritario piuttosto che su una ricostruzione, basata in termini oggettivistici, sul principio di offensività.

Si vedano PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 668 e FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 112. Recentemente, ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, cit., pp. 33 ss., analizza il tema della legittimazione delle norme penali partendo dalla tesi di Claus Roxin, il quale muovendo da un concetto materiale di reato, ricava la definizione di bene giuridico dai compiti del diritto penale. Così, beni giuridici sarebbero gli obiettivi di scopo per il libero sviluppo della persona, al fine di realizzare i suoi diritti fondamentali. Le radici di tale concezione derivano dalle teorie contrattualistiche dello Stato. Per questo, i beni collettivi per essere oggetto di tutela penale devono servire quali interessi mediati della singola persona. L'Autore afferma, infatti, che tale teoria non si limita a costituire, come sostiene la concezione metodologica, "un semplice aiuto interpretativo 'immanente al sistema', ma è in grado invece di segnare i confini del potere di punire del legislatore". La riprovevolezza di un comportamento o la semplice immoralità non possono dunque essere assunti quali beni giuridici. Del pari non è sufficiente un atto contrario alla dignità dell'uomo o che produca un danno solo all'agente, così come la tutela penale dei sentimenti può essere ammessa soltanto qualora venga pregiudicato il senso di sicurezza. Secondo l'Autore, della teoria di Roxin sono da valorizzare, da un lato, i compiti del diritto penale, dall'altro il bisogno di delimitazione dell'area del penalmente rilevante. Sotto il

(2) Nella prospettiva c.d. *meta-sistemica*, invece, il bene giuridico diventa un criterio di orientamento della politica criminale.

Si tratta di un elemento che serve, da un lato, quale criterio ispiratore della futura attività legislativa aiutando il legislatore stesso nella predisposizione delle norme che necessitano di una tutela penale; dall'altro lato, funge da importante metro per saggiare la fondatezza sostanziale delle norme penali esistenti⁴⁷.

Proprio in ragione di tale ultimo profilo, l'analisi del tema della dannosità sociale deve necessariamente ricomprendere, al suo interno, ogni segmento della selezione dell'area del penalmente rilevante: dalla individuazione delle norme incriminatrici a tutela di beni giuridici considerati meritevoli di tutela penale alla verifica concreta, in termini di sussidiarietà, *extrema ratio* ed eventuale futura "depenalizzazione" della norma stessa⁴⁸.

Così, nei termini di questa prospettiva, il bene giuridico assume una *funzione critico-orientativa*.

Ricordiamo, ad ogni buon conto, che il legislatore, *non* viene ormai considerato *arbitro* delle scelte relative agli oggetti di tutela. Essi devono essere "*trovati*" nella realtà sociale quali valori preesistenti rispetto al suo intervento, non essendo ammissibile che il legislatore li crei *ad hoc*. Sull'effettiva capacità della teoria del bene giuridico di fungere da efficace orientamento, per così dire, "a monte" sussiste più di qualche dubbio, ma sul punto diremo meglio in seguito.

Proprio per questo sarà necessario osservare dei criteri-guida che fungano da parametro per vagliare la ragionevolezza della scelta incriminatrice, onde evitare un abuso del potere legislativo o un "*irrazionale decisionismo*" dello stesso⁴⁹.

La funzione critico-orientativa del bene giuridico ha consentito alla dottrina di interrogarsi su due questioni fondamentali: la prima concernente l'elaborazione di

primo profilo, infatti, il diritto penale resta un elemento in grado di fungere da forte fattore di socializzazione attraverso la minaccia della pena. Sotto il secondo profilo, la delimitazione del diritto penale attiene in particolare alla sfera delle garanzie, con un corollario necessario: tanto più numerose sono le fattispecie penali, tanto meno praticabile è la loro applicazione, crescendo così la loro disapplicazione con conseguente diminuzione del ruolo di prevenzione generale mediante intimidazione. Il punto è comprendere, come vedremo nei prossimi paragrafi, se il bene giuridico sia uno strumento utile a tale scopo.

⁴⁶ Ciò, nel nostro ordinamento, in virtù dell'indirizzo tecnico-giuridico.

⁴⁷ FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 113.

⁴⁸ Sul punto torneremo meglio nei capitoli successivi, in particolare in quello conclusivo.

⁴⁹ FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 113.

un concetto sostanziale o materiale di bene giuridico, la seconda consistente nella verifica della vincolatività delle scelte del legislatore alla luce del principio democratico e di divisione dei poteri.⁵⁰

Il concetto di bene giuridico e la circostanza che mostra come questo rimanga, almeno in parte, ancora oscuro, fa comprendere come tale nozione, nell'orizzonte del dibattito sulla costruzione dei limiti al diritto penale, possa non sempre risultare idonea allo scopo o, comunque, suscettibile di più di qualche indagine critica. Una volta che ci si allontana dai beni individuali fondamentali quali la vita, l'incolumità personale, la libertà, il patrimonio, sussistono una serie di "unità di valori"⁵¹ difficilmente afferrabili da un punto di vista della materialità del bene giuridico. Si pensi ai beni che riguardano l'intera collettività attraverso beni finali o strumentali quali ad esempio lo Stato e le sue istituzioni, la salute collettiva, la fede pubblica.

Un tentativo di risposta è stato quello avanzato dalla teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, ricercando un primario legame tra esso e la Costituzione. La teoria, come vedremo, si colloca nell'ambito dell'evoluzione in merito alla definizione del contenuto del concetto di bene giuridico e per la sua rilevanza all'interno del panorama interpretativo italiano merita un'analisi più approfondita, che seguirà nel prossimo paragrafo.

2.2. Dalla teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico alle sue critiche.

La crisi di legittimazione del diritto penale ha da tempo impegnato la dottrina italiana attraverso un processo di rifondazione e ridefinizione del concetto di offesa alla luce della Carta Costituzionale. La risposta alla crisi di legittimazione in campo penale è, dunque, stata quella di recuperare *"la corrente di pensiero legata al dogma del bene giuridico"*⁵².

⁵⁰ IBID., p. 113.

⁵¹ ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, cit., p. 36.

⁵² FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 114.

L'intento di questo filone dottrinale⁵³, che nega una neutralità dell'interprete rispetto ai valori costituzionali, è stato quello di ricercare dei criteri finalisticamente capaci di vincolare il legislatore direttamente al testo costituzionale. La Costituzione è dunque, in quest'ottica, non solo il fondamento normativo dell'ordinamento giuridico, ma anche il contenitore dei criteri che devono guidare le scelte del legislatore al momento della selezione dei beni giuridici meritevoli di tutela penale.

Tale teoria, che vede tra i suoi massimi esponenti Franco Bricola, cerca di dare forza vincolante a principi rispetto ai quali era spesso stata data una lettura frammentata, con l'intento di delineare il volto costituzionale dell'illecito penale in una grammatica comune⁵⁴.

Le critiche mosse alla teoria non le hanno impedito di assumere le vesti di una vera e propria pietra miliare dell'evoluzione del pensiero penalistico italiano⁵⁵, caratterizzandosi per un elevato carattere di novità⁵⁶. In particolare, uno dei suoi maggiori pregi è stato quello di non rimanere una lettura meramente accademica, ma al contrario la tesi di Bricola ha avuto una notevole influenza anche sulla successiva giurisprudenza, anche costituzionale. Si pensi ad alcune notissime sentenze della Corte Costituzionale, come quella sull'*ignorantia legis*⁵⁷.

Il pensiero di Bricola, che rigetta ricostruzioni proprie del diritto naturale e al contrario basa tutta la sua teoria su un approccio giuspositivistico, prende le mosse dalla constatazione che esiste uno scarto tra il volto che l'illecito penale assume nella normativa costituzionale e quello che conserva nella normativa penale ordinaria, scarto che determina una situazione di forte antinomia.

La teoria, più nel dettaglio, afferma che il reato deve consistere *nell'offesa non di un qualsiasi bene giuridico*, ma di un bene giuridico dotato di *significativa* rilevanza costituzionale. Tale concezione del reato si pone dunque non solo come limite all'interprete, ma anche al legislatore, il quale è vincolato a privilegiare la

⁵³ BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in Noviss. dig. it., Torino, XIX, 1973, 7.

⁵⁴ DONINI M., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo, Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in Dir. pen. cont., 2, 2012, 51, p. 60. Ancora, si veda FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 118.

⁵⁵ Così FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 116.

⁵⁶ DONINI M., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo, Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, cit., p. 53.

⁵⁷ Corte Cost., sent. 23-24 marzo 1988, n. 364.

tutela penale, rispetto a quella esistente in altri rami dell'ordinamento, qualora si debba proteggere beni costituzionalmente rilevanti.

Pertanto, la funzione del diritto penale è quella di proteggere esclusivamente beni dotati di *significativa* rilevanza costituzionale, quantomeno a livello implicito, e contro aggressioni di pericolo concreto. Questa concezione si completa con una diversa visione dei fini della pena e delle tecniche di differenziazione tra illecito penale, civile e amministrativo⁵⁸. La lettura costituzionalmente orientata del bene giuridico può, secondo questo filone di pensiero, contribuire a capire *quali* beni proteggere e rispetto a quali forme di aggressione e lesività⁵⁹.

Riscontrato che la Costituzione italiana, a carattere rigido, contiene molte norme attinenti all'area penale, la teoria in parola accorda un ruolo centrale alla libertà personale, così come centrale è il suo ruolo nell'ambito dei valori costituzionali⁶⁰. A sostegno di tale ricostruzione vengono anche richiamati ulteriori principi costituzionali quali il principio della tolleranza ideologica, il principio di tutela delle minoranze e il principio del rispetto della persona i quali, in contrapposizione con un'idea di reato intesa in senso autoritario quale mera disobbedienza o infedeltà allo Stato⁶¹.

Quanto alla relazione che deve sussistere tra bene giuridico e Costituzione, lo stesso Bricola, a seguito di alcune critiche mosse alla sua teoria, riconosce che il

⁵⁸ DONINI M., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo, Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, cit., p. 53.

⁵⁹ BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 11. Se il merito dell'indirizzo tecnico-giuridico è quello di aver allontanato la teoria generale del reato dai sentieri del diritto naturale, la rigida esclusione di ogni possibile indagine sostanziale sull'oggetto della teoria del reato deve essere respinta. Un approccio sostanziale risulta in grado di poter sostenere anche valutazioni critiche sulle scelte di politica criminale da parte del cittadini, con un atteggiamento tutto fuorché autoritario.

L'importanza di un approccio sostanziale all'illecito penale viene individuato nella capacità di limitare le scelte pre-normative che, al contrario, hanno spesso conosciuto stagioni di incremento dell'area del penalmente rilevante e, allo stesso tempo, di depenalizzazione di intere materie. Risulta, infatti, di pari rilevanza indagare tanto quella che può essere definita come l'ipertrofia penalistica quanto la necessità di individuare i limiti sostanziali di una indiscriminata depenalizzazione.

⁶⁰ In virtù dell'art. 13 Cost., infatti, la legge può introdurre un limite a un diritto o a una libertà costituzionalmente garantita solo qualora sia necessario tutelare un valore a sua volta costituzionale.

La rigidità di questa considerazione viene temperata affermando che "pur non potendo necessariamente ritenere che la sanzione penale debba essere adottata solo per tutelare valori costituzionali selezionati come significativi, tuttavia la significatività del valore condiziona certamente la misura entro cui può essere contenuta la pena".

Sotto un altro profilo, l'art. 25 co. 2 Cost., nel riferire il principio di legalità al "*fatto commesso*", impedisce, nell'ottica di Bricola, di radicare il reato su di un semplice atteggiamento soggettivo dell'autore, costringendo così il legislatore a impennare il reato su di un fatto materialmente offensivo di un bene giuridico.

⁶¹ Si veda anche FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 117.

valore tutelato deve trovare nella Carta Costituzionale un riconoscimento anche solo implicito o, in rapporto di presupposizione necessaria o, ancora, consacrato in convenzioni internazionali che tutelano i “*diritti inviolabili*” di cui all’art. 2 Cost.⁶².

La principale conseguenza di una ricostruzione siffatta è che la norma penale non può creare interessi, ma esclusivamente ritagliare e specificare, senza snaturarli, i valori *già* previsti dalla Costituzione⁶³.

Così impostata la concezione sostanziale del reato in chiave costituzionale, il legislatore subisce un vincolo di particolare rilievo in sede di formazione della norma incriminatrice⁶⁴.

La prospettiva costituzionale di Bricola è stata accolta con grande interesse dalla dottrina, in quanto la Costituzione risultava lo strumento giuridico più efficace per segnare i limiti invalicabili e, allo stesso tempo, controllabili del potere punitivo del legislatore.

Ciò detto, essa ha conosciuto, oltre a molti sostenitori, molti critici⁶⁵.

Il principale nodo problematico è stato individuato, a livello sistematico, nell’identificazione *a priori* dei beni giuridici esclusivamente nella Costituzione, questa risolvendosi in un catalogo chiuso di beni ai quali deve essere attribuita rilevanza penale.

Tale aspetto, si è affermato, non è sostenibile⁶⁶.

⁶² BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 16.

⁶³ E’ su tale punto che si sono sviluppate le principali critiche alla teoria.

⁶⁴ BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 18. Il limite imposto al legislatore è dunque anche riferito alla gradazione della sanzione penale. Questo elemento risulta essere l’aspetto implicito della “*significatività*”. Di conseguenza, la stessa procedura di depenalizzazione subisce dei limiti divenendo “*meno arbitraria*”. Le alternative in capo all’interprete sono dunque le seguenti: sottolineare l’incostituzionalità di norme penali che tutelano beni che, pur avendo una loro attuale collocazione nel contesto sociale, non assumono esplicitamente o implicitamente rilievo costituzionale; prospettare l’illegittimità costituzionale di beni antitetici a singole norme o allo spirito della Costituzione; sollecitare un’interpretazione che sostituisca un valore di questo tipo con uno nuovo espresso dalla Costituzione; o, infine, porre l’illegittimità di norme che proteggono valori di rango costituzionale, ma in modo sproporzionato rispetto al loro effettivo rilievo.

⁶⁵ Critiche puntuali sono state mosse con riferimento alla lettura delle disposizioni costituzionali fatta da Bricola. Così, l’art. 27 co. 3 Cost., si è affermato [si veda FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 117], si limita in realtà a sancire il finalismo rieducativo della pena senza dire nulla né sulla retribuzione né sull’essenza del reato come infedeltà o meno a una pretesa dello Stato. Lo stesso dicasi sull’argomento fondato sull’art. 13 Cost. il quale si limita a enunciare che per le restrizioni della libertà personale è sancita una duplice riserva di legge e di giurisdizione. Un limite alla libertà personale può sicuramente essere rinvenuto nella funzione di repressione dei reati. La norma appare però muta sotto altri profili quale quello più specifico per cui la norma incriminatrice dovrebbe avere di mira esclusivamente la tutela di un valore costituzionale.

Infatti, se il riferimento al catalogo di beni si intende come diretto e specifico, esso si esaurisce con molta facilità. Se, invece, il riferimento viene inteso come solo indiretto o mediato, *“l’informazione diviene priva di reale informatività e ogni limite praticabile al diritto di punire salta”*⁶⁷.

La creazione di un catalogo chiuso contribuisce a rendere impermeabile il diritto penale rispetto ai cambiamenti della realtà sociale. *“Prima di essere giuridici, infatti, i beni sono valori della vita degli uomini, valori che in buona parte seguono l’evoluzione della realtà, affermandosi quale composizione dei conflitti che insorgono nella società”*⁶⁸. Riconoscere che i beni sono storicamente condizionati, e pertanto che è ammissibile l’emersione di “nuovi beni giuridici”, equivale ad ammettere che essi *“nascono e muoiono a seconda delle rappresentazioni culturali”* e delle intese sui valori che emergono nella società nei diversi periodi storici⁶⁹.

Inoltre, la Costituzione non è fatta per essere un *catalogo* di beni giuridici di rilevanza penale, poiché, da un lato risultano altre le sue funzioni e, dall’altro, appare complesso ordinare i beni in una rigida gerarchia. Tutti i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca, non risultando facile individuare quello che abbia prevalenza assoluta sugli altri⁷⁰.

⁶⁶ ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, cit., p. 37.

⁶⁷ IBID., p. 38. FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 120 nota poi che se è vero che la teoria riesce a svolgere una funzione contenitiva rispetto ad un eccesso di discrezionalità legislativa, anche se l’indebolimento concettuale della teoria a causa dell’allargamento ai beni di implicita rilevanza costituzionale potrebbe portarci ad altre conclusioni, questo obiettivo potrebbe essere pagato a caro prezzo: *“il prezzo cioè di utilizzare il sistema dei valori costituzionali come una ‘gabbia’ o una sorta di impalcatura ‘teologica’ (sia pure di teologia laica!) che immobilizza, o annulla del tutto, quella dialettica democratica aperta che deve fare da premessa – secondo la stessa Costituzione – a qualsiasi esercizio di funzione legislativa (inclusa, quindi, quella avente oggetto la scelta di ciò che è penalmente tutelabile)”*.

⁶⁸ ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, cit., p. 38.

⁶⁹ IBID., p. 39.

⁷⁰ PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 671. FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 119 nota però che l’apertura dello stesso Bricola ai beni di implicita rilevanza costituzionale potrebbe suonare come l’accoglimento di una versione non così rigida e dogmatica della concezione costituzionale dei beni giuridici che evita, in qualche misura una cristallizzazione dei beni rilevanti una volta per tutte. Se così facendo la teoria risulta maggiormente praticabile, non così potrebbe dirsi rispetto al grado di vincolatività della stessa, la quale subisce, inutile negarlo, un indebolimento concettuale di grande rilevanza. Il concetto di bene implicito è, infatti, aperto e indeterminato. ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, cit., p. 40, nota efficacemente che porre il *concetto bene giuridico* quale limite al potere statuale risulta non poco problematico dato che bisogna intenderci sulla tipologia di diritto penale e su quali pene, nell’ampio spettro delle sanzioni penali, si abbiano in mente. Sarebbe, infatti, illogico ipotizzare un bene giuridico di particolare rilievo quando sia possibile impegnare, in

Malgrado il modello costituzionalmente orientato del bene giuridico non venga seguito nella sua accezione originaria (forte), in dottrina si segue oggi, per lo più, un modello “debole” di ancoraggio del diritto penale alla Costituzione⁷¹. In primo luogo, infatti, vi è ampio consenso nel ritenere costituzionalizzato il principio di *offensività*. Allo stesso tempo, si esclude che questa circostanza comporti la necessaria rilevanza costituzionale, invece, dei *beni*: il legislatore avrebbe dunque ampia discrezionalità nell'accordare tutela anche ad altri beni, al di fuori di quelli costituzionalmente rilevanti.

Questo però non vale ancora a negare che la Costituzione sia di per sé priva di qualsiasi capacità orientativa per il legislatore. L'esistenza di un bene di rilevanza costituzionale, anche di elevato rango, non potrebbe mai costituire una ragione sufficiente per un'automatica predisposizione della tutela penale. Sono, infatti necessarie una serie di conferme da ricercarsi in ulteriori criteri di politica criminale (si pensi alla necessità di pena, alla proporzione e così via enumerando)⁷². Ciò in virtù del fatto che il giudizio penale necessita di una valutazione ad ampio raggio e non può essere cristallizzata in una norma che abbia una vocazione di lunga durata quale quella costituzionale.

Il punto però, come si è affermato in dottrina⁷³, è capire se un modello teorico debole abbia una reale funzione orientativa per il legislatore ordinario.

Infatti, ha recentemente preso piede un certo “*disincanto*” con riferimento alla teoria del bene giuridico *nel suo complesso*, specie con riguardo alla possibilità di una sua reale delimitazione dell'area del penalmente rilevante. Sul punto vedremo meglio nel prossimo paragrafo. Basti però rilevare che il concetto di bene giuridico si prospetta come *strutturalmente debole* ed eccessivamente *manipolabile* rispetto alle domande di penalizzazione provenienti dalla società.

caso di una sua lesione, una pena pecuniaria di modeste proporzioni. Se ritenessimo poi che il bene giuridico possa essere una caratteristica propria anche degli illeciti amministrativi, il concetto stesso di bene si stempera fino a divenire evanescente.

⁷¹ FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 120.

⁷² Sul punto torneremo più diffusamente nell'ultima parte della presente trattazione e, in particolare nell'ultimo capitolo. Peraltro, in dottrina, si tende a maggior ragione a negare che siano presenti in Costituzione obblighi costituzionali di incriminazione, desumibili seppure in via implicita. Del medesimo parere è anche la Corte Costituzionale, cfr. FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 121.

⁷³ IBID., p. 122.

Ad ogni buon conto, della teoria del bene giuridico di rilevanza costituzionale resta l'idea che la Costituzione sia lo strumento prioritario di garanzia dei diritti fondamentali che, lungi dal fornire “*uno scrigno di valori precostituiti*”⁷⁴, oppone al legislatore limiti contro i possibili abusi repressivi derivanti dalla scelta di tutelare beni del tutto secondari⁷⁵. “*Dalla Costituzione deriva un implicito appello al legislatore perché esso giustifichi in maniera razionale la necessità di munire di tutela penale un determinato bene*”, verifica di razionalità che andrà effettuata a livello di scelte di politica legislativa, criminologica e di sociologia del diritto⁷⁶.

E' opportuno segnalare che nel novembre del 1997, la Commissione bicamerale del Parlamento aveva approvato un Progetto preliminare di revisione della Costituzione che, all'art. 129, affermava, al primo comma, che “*le norme*

⁷⁴ IBID., p. 125. In dottrina si è poi affermato che “*il tratto caratteristico di una lettura forte, post-bricoliana, dell'approccio costituzionalistico nel suo complesso è stato quello di ravvisare nel patto costituzionale il fondamento, anziché il mero limite, dell'intervento penale: esso conterrebbe il 'volto costituzionale' dell'illecito penale*” idoneo a differenziarlo in maniera essenziale dall'illecito amministrativo e da quello civile. Si è resa però necessaria una storicizzazione dello stesso modello forte, così DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 21. L'Autore precisa che è possibile sostenere che l'attuazione della Costituzione “*sia così storicizzata, da implicare che il codice penale attuale, e costituzionalmente conforme, sia l'espressione del diritto penale costituzionale vigente in un certo momento storico, una sorta di codice-Constituzione*”. Per evitare di “*costituzionalizzare l'esistente*” e cercare, invece, di conservare alla carta fondamentale il ruolo di vincolo pre-legislativo permanente, è possibile, a parere dell'Autore, attualizzare alcune acquisizioni generali che contrassegnano il modello forte, il quale si trova comunque ad essere oggi “*più relativo*” di quello degli anni Settanta. Si pensi, ad esempio, al necessario ancoraggio positivo all'art. 25 Cost. e, quindi, a un diritto penale del fatto, al raffronto con il sacrificio della libertà personale (art. 3 co. 1 e 13, Cost.) e alla stessa idea di un modello costituzionale d'illecito penale nel senso di legalità, tipicità, colpevolezza, finalità rieducativa della pena, e così via enumerando.

⁷⁵ Si noti che MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, cit., pp. 159 ss., evidenzia come la perdurante attualità del riferimento costituzionale quale criterio autenticamente vincolante possa ritagliare tutt'oggi un ruolo guida per la ricognizione dei limiti all'esercizio del potere punitivo. L'Autore precisa che lo stesso Bricola aveva chiarito che “*l'ancoraggio della tutela penale a valori costituzionali non significa che questi siano sistemati in bella mostra nella vetrinetta della Costituzione*”. Spesso il valore costituzionale rappresenta solo un *genus* al quale vengono ricondotti i valori emergenti nella società. La riconducibilità, afferma Bricola, alla categoria è possibile solo nella misura in cui l'interesse emergente sia cristallizzato al punto da consentire il raffronto. Non deve dunque sorprendere che l'Autore riconosca che la ricchezza e la razionalità del modello siano attualmente pienamente recuperabili nella prospettiva della Costituzione aperta, e quindi di “*una Costituzione che sappia essere filtro, ma anche tramite, delle scelte pluralistiche e storicamente condizionate che, nelle forme della legge ordinaria, via via la concretizzano, e che ne guidano al contempo l'ermeneutica, anche attraverso la mediazione e l'opera di sintesi costantemente compiuta dalla Corte Costituzionale*”. Si tratta, dunque, non di includere un qualsiasi bene, ma rintracciare alcune coordinate che possano guidare l'interprete nell’“*attualizzazione 'esegetica' del testo costituzionale*” e, quindi, nella individuazione di valori che possano dirsi implicitamente rilevanti per la loro significatività “*anche in una prospettiva evolutiva e diacronica*”.

⁷⁶ FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 125.

penali tutelano beni di rilevanza costituzionale” e, al secondo comma, che “non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività”. La norma traduceva in legge ciò che la teoria di Bricola aveva affermato a livello dottrinale, esigendo dunque non solo che il bene giuridico fosse di rilevanza costituzionale, ma anche che il reato si risolvesse in una fattispecie di danno o di pericolo concreto. I lavori della Bicamerale non si conclusero positivamente in Parlamento e la revisione non venne mai approvata. Ciò che è significativo è che *“la dottrina italiana, con poche eccezioni, non mostrò nessun entusiasmo per questo progetto, in quanto le tesi fondamentali di Bricola, al riguardo, erano ormai state declassate a principi di politica criminale, giuridicamente non vincolanti”*⁷⁷.

⁷⁷ DONINI M., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo, Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, cit., p. 68. L'Autore afferma che il motivo del declassamento in principi di politica criminale non vincolanti della teoria di Bricola è da rinvenire nel fatto che *“non si voleva che lo diventassero, per lasciare più campo libero alla politica criminale di sperimentare incriminazioni di pericolo astratto e a tutela di beni non riconducibili direttamente a quelli costituzionali”*. In DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 24, l'Autore afferma che un segno di questa posizione prevalente si registra nei successivi progetti di riforma del codice penale i quali hanno tentato una codificazione, seppure a livello di legge ordinaria e a vario modo, del principio di offensività. Si pensi al *Progetto Grosso* (2001) il quale parlava di applicazione della legge penale solo in caso di offesa al bene giuridico; al *Progetto Nordio* (2005) che sanciva che la norma dovesse essere applicata solo se si fosse verificato un danno o pericolo per l'interesse specificamente protetto. Tali progetti non erano andati molto oltre il *Progetto Pagliaro* (1992) che tra i principi di codificazione inseriva il principio che la norma fosse interpretata in modo da limitare la punibilità ai fatti offensivi del bene giuridico. Solo nel *Progetto Pisapia* (2007) si era affermato che nessuno potesse essere punito per un fatto che non offendesse *“beni giuridici di rilevanza costituzionale”* e che non offendesse *“in concreto”* i beni protetti.

Sulla possibile codificazione del principio di offensività si veda anche PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di)*, cit. pp. 682 ss., il quale afferma che le proposte di riforma affidavano tutte al principio di offensività la funzione di criterio d'interpretazione rivolto alla giurisdizione. Si tratterebbe, fondamentalmente, di un significato di tipo culturale, un messaggio *“opportuno, ancorché non necessario se le fabbriche delle interpretazioni ed applicazioni del diritto (in particolare quelle dei giudici) funzionassero bene”*.

Ancora, si veda FIANDACA G., *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, 5, 1, pp. 2 ss., il quale svolge un'interessante analisi, anche da un punto di vista dell'interpretazione testuale, del *Progetto Grosso*. Al di là delle possibili alternative interpretative, che non è il caso di analizzare in questa sede, l'Autore si pone un interessante quesito: cosa potrebbe ravvisare la giurisprudenza in formule di codificazione dell'offensività nei termini di un criterio più che altro ermeneutico? Questi – oltre a interrogarsi sull'utilità di formule siffatte – afferma che verosimilmente la giurisprudenza potrebbe leggersi codificato il principio di offensività nell'ottica della concezione realistica del reato. Nonostante i diversi livelli di intensità graduabile della concezione stessa, appare insuperabile un dato, e cioè quello per cui fintanto che il giudice non disponga di criteri o indici normativamente prefissati, idonei a guidarlo per saggiarne lo spessore lesivo del fatto, *“la verifica giudiziale dell'offensività sarà esposta al rischio di ancorarsi anche a parametri extralegali di giudizio”* con un aggiramento del principio di legalità. Non è possibile, alla luce di tale principio, modificare in via interpretativa la struttura della fattispecie astratta munendola, eventualmente, in concreto, dell'offesa. Così interpretato il canone avrebbe un'efficacia deflattiva assai modesta, dato che questo potrebbe

Parte della dottrina⁷⁸ ha peraltro rilevato che tale prevedibile esito avrebbe offerto una norma costituzionale dotata di un ruolo prevalentemente simbolico e per molti aspetti poco opportuna. Infatti, dalla riforma sarebbe probabilmente derivato un dibattito cavilloso sul concetto di “*rilevanza costituzionale*” dei beni con un conseguente defatigante contenzioso davanti alla Consulta, contenzioso che avrebbe accentuato la sua carica politico-discrezionale.

2.2.1. *L'orientamento della Corte Costituzionale sul punto.*

E' bene precisare un passaggio finale.

L'aspirazione al contenimento della tutela penale di cui è portatore il principio di offensività è stata sviluppata, in particolare, grazie al controllo di costituzionalità delle leggi. L'istanza di garanzia del diritto penale trova in tale controllo, di tipo contenutistico, “*le condizioni giuridiche e istituzionali per una sua maggiore effettività pratica*”⁷⁹. Non può dunque sfuggire l'estrema delicatezza di un controllo che si estende fino al *contenuto* delle norme penali che, malgrado il suo carattere giurisdizionale, è dotato di una componente di forte discrezionalità politica. Tale circostanza mostra tutta la complessità dei rapporti tra poteri dello Stato specie in una materia, quale quella penale, ove vige il principio della riserva di legge⁸⁰.

Proprio per questo la Corte Costituzionale⁸¹ si è sempre mostrata *cauta* nel riconoscere tutti i contenuti del principio di offensività, privilegiando piuttosto un controllo di costituzionalità più profondo sotto il profilo della ragionevolezza della previsione legislativa, *ex art. 3 Cost.*

L'accoglimento di un catalogo chiuso di beni giuridici avrebbe potuto, in parte, semplificare le cose “*poiché ogni norma incriminatrice che munisse di tutela penale un bene qualsiasi diverso da quelli del catalogo sarebbe per ciò solo*

essere l'impatto della concezione realistica da un punto di vista pratico. Inoltre, in un'accezione ampia della stessa la formula si esporrebbe a un'ulteriore prevedibile obiezione. Così facendo si confonderebbe, infatti, il principio di necessaria offensività del reato con il diverso istituto dell'irrelevanza del fatto. Si veda *funditus* pp. 7 ss.

⁷⁸ FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 123.

⁷⁹ PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 88.

⁸⁰ *IBID.*, p. 89.

⁸¹ Sull'elaborazione della Corte Costituzionale in tema di offensività si veda in particolare MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, cit., parte II, cap. I.

incostituzionale”⁸². Anche in un sistema siffatto, si potrebbero, ad ogni buon conto, porre dei problemi in merito alla verifica delle *tecniche* e delle *soglie* di tutela compatibili con il principio di offensività, per non parlare del fatto che sarebbe necessario rispondere alla domanda se la Corte possa o meno spingersi fino a sindacare la “scelta politica” sul contenuto specifico di disvalore della fattispecie⁸³.

Come abbiamo evidenziato *supra*, la Corte Costituzionale⁸⁴ se ha svolto un ruolo fondamentale nell’elaborazione e nell’arricchimento del principio di offensività e delle sue principali caratteristiche, ha accolto però un’accezione *debole* della teoria del bene giuridico di rilevanza costituzionale.

La Corte non ha infatti fatta propria l’idea di un catalogo chiuso di beni, ma ha adottato uno schema di giudizio aperto per controllare la legittimità delle scelte di criminalizzazione, il principio di offensività divenendo, nella sua ricostruzione, *uno dei* canoni di razionalità politico-criminale assieme, ad esempio, a quello di ragionevolezza. La conseguenza diretta del rifiuto del catalogo chiuso dei beni giuridici ha impedito “una pioggia di pronunce di incostituzionalità”⁸⁵.

La Corte si è così collocata in un rapporto dialogico con il legislatore ritenendo che non si potesse ritenere in alcun modo vincolato il legislatore al perseguimento di specifici interessi (sent. n. 71 del 1978). Resta peraltro un dato incontestabile che non si rinvergono pronunce di accoglimento della Corte fondate

⁸² PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 89.

⁸³ IBID., p. 89.

⁸⁴ Per ulteriori notazioni sulla giurisprudenza della Corte Costituzionale e sui casi più rilevanti, malgrado la scarsità delle pronunce “di accoglimento” da parte della stessa, si veda DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., pp. 37 ss.

⁸⁵ cfr. PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., par. 5. Il vaglio di costituzionalità, peraltro, essendo caratterizzato da un controllo irrimediabilmente contenutistico sulla fattispecie può spesso porre la Corte Costituzionale in una posizione di eccessivo protagonismo a danno del principio democratico. Allo stesso tempo, le caratteristiche stesse del principio di offensività rendono pressoché impossibile evitare valutazioni anche di contenuto sulla norma incriminatrice.

La Corte ha poi utilizzato, come è noto, una serie di altri elementi per giungere a una pronuncia di incostituzionalità. Si pensi al giudizio di ragionevolezza, a quello di proporzionalità e al *tertium comparationis*, fino a quello di adeguatezza del mezzo allo scopo. Per la verità MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2012, 1, 99, p. 106, rileva come nella giurisprudenza più recente non è dato registrare decisioni di accoglimento fondate sul principio di ragionevolezza o sul principio di proporzione, almeno per quanto concerne “l’equilibrio sanzionatorio di singole fattispecie punitive: e ciò a dispetto dell’esplicito rilievo che il principio di proporzione della pena ha trovato nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, ove all’art. 49, terzo comma, si stabilisce ‘l’intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato’”.

sulla natura non costituzionale del bene protetto⁸⁶. Piuttosto si è talvolta trasformato il bene giuridico originario in un altro conforme alla Costituzione⁸⁷.

La Corte ha così attutito alcune delle rigidità proprie dell'elaborazione dottrinale. Per quanto riguarda, ad esempio, la legittimità costituzionale delle modalità aggressive e delle soglie di tutela, la Consulta ha enunciato il principio generale secondo il quale le incriminazioni di pericolo presunto non sono di per sé incompatibili con il dettato costituzionale (sent. n. 333 del 1991). Il vaglio in tema di offensività è avvenuto pertanto attraverso l'impiego di altri principi quali quello di ragionevolezza e proporzione.

In dottrina⁸⁸ si è infatti affermato che nonostante il fatto che il paradigma costituzionale apra a crescenti aspettative rispetto all'irrazionalità di alcune delle scelte del legislatore, la giurisprudenza costituzionale se ha fatto spesso uso di un impiego cauto del principio di offensività "*quale canone delle scelte di politica criminale*", il profilo relativo al canone ermeneutico⁸⁹ sembra più utilizzato, appunto, per una rilettura di fattispecie di pericolo meramente astratto o costruite su presunzioni di pericolo. Così, la Corte ha elaborato, sotto il primo profilo una "criteriologia" che le ha talvolta consentito un sindacato assai penetrante, e sotto il secondo profilo, ha esortato l'interprete ad accertare nel caso concreto la necessaria lesività del fatto, spesso anche per il tramite della clausola dell'art. 49 c.p.⁹⁰

⁸⁶ PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., par. 6.

⁸⁷ IBID., par. 6. L'Autore cita fattispecie, come le pubblicazioni oscene, secondo le quali la trasformazione del bene giuridico implica anche la trasformazione strutturale della fattispecie con, ad esempio, l'aggiunta o l'eliminazione di un elemento costitutivo.

⁸⁸ MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, cit., p. 99.

⁸⁹ Lo strumento ermeneutico è stato spesso utilizzato per stemperare profili di illegittimità costituzionale attraverso pronunce interpretative di rigetto. Si pensi alle vicende relative ai reati di sospetto. Così, MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, cit., p. 106.

⁹⁰ Il canone interpretativo è stato comunque utilizzato, in termini riduttivi, in una prospettiva strumentale per escludere il contrasto col principio di offensività. Restano, sull'impiego di tale clausola, molte delle perplessità che abbiamo enunciato con riferimento alla concezione c.d. realistica del reato. In particolare, il *self-restraint* della Corte che spesso rifiuta il sindacato sulla fattispecie astratta nei termini di offensività, "*finisce per spostare sul potere giudiziario gran parte dell'effettività di un principio che ha invece una innegabile vocazione a operare prioritariamente sul piano legislativo*". Si veda PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., par. 2. La Corte, infatti, "*rifiuta [spesso] il controllo su struttura e contenuto significativo della fattispecie astratta ritenendo che tocchi al giudice, in base al principio costituzionale di cui all'art. 49 c.p., negarne l'applicazione ai fatti concretamente inoffensivi del bene tutelato*". Inoltre, si è notato che "*questa clausola di rinvio all'opera di concretizzazione del giudice,*

La Consulta ha, infatti, mostrato una sostanziale adesione alla concezione realistica del reato⁹¹: l'idea è che tocchi al giudice, sulla base del principio ricavabile dall'art. 49 co. 2 c.p., escludere l'applicazione della norma incriminatrice a quei fatti storici che risultino concretamente inoffensivi del bene che viene tutelato⁹².

La Corte, in verità, è andata oltre i termini della teorica del bene giuridico e dei limiti costituzionali alla penalizzazione⁹³ quando ha spinto il sindacato sul contenuto di disvalore del reato attraverso il controllo di ragionevolezza e il principio di proporzione⁹⁴. La Corte ha, infatti, chiarito che tale controllo non può limitarsi al bene giuridico, ma deve spingersi verso gli scopi e gli obiettivi della scelta politica.

Sotto il profilo della ragionevolezza, la Corte ha effettuato, in primo luogo, un sindacato attraverso un *bilanciamento* dei beni in gioco. Si pensi alle pronunce n. 4 del 1997 in tema di diserzione militare, n. 126 del 1985 in tema di reclamo collettivo da parte di militari, o ancora alla sent. 31 del 1982 sull'adunanza arbitraria e all'ord. n. 68 del 1997 sulla detenzione di armi comuni e sportive⁹⁵.

La Consulta ha utilizzato un secondo parametro di verifica della ragionevolezza della struttura delle fattispecie incriminatrici che è quello

se assunta nel suo più pregnante significato allusivo alle ipotesi di concreta sfasatura tra tipicità e offesa, appare davvero altamente problematica, tanto più nella attuale presenza di una previsione espressa della clausola di irrilevanza del fatto limitatamente però all'allusivo settore del diritto penale minorile. Se assunta, invece, nella sua più plausibile natura di generalissimo canone ermeneutico ed applicativo riferibile a qualsiasi norma incriminatrice esso risulterebbe comunque logicamente estraneo al nucleo concettuale più autenticamente proprio del principio di offensività".

⁹¹ Sul punto si veda PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 90. L'Autore cita la sent. 62/1986 nella quale la Corte ha affermato che "può certo discutersi sulla costituzionalizzazione o meno del principio di offensività: ma che lo stesso principio debba reggere ogni interpretazione di norme penali è ormai unanimemente accettato" e "l'art. 49.2 c.p. non può non giovare all'interprete al fine di determinare in concreto la soglia del penalmente rilevante".

⁹² In dottrina, ad esempio PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 90, si è peraltro notato come non si possa nascondere una certa *sorpresa* di fronte a tale orientamento dato che si constata una qualche riluttanza ad accogliere il principio di offensività per la parte delle sue indicazioni dirette a vincolare le scelte del *legislatore* concernenti il contenuto di disvalore, ma non si esita a far propria la concezione realistica del reato che fa gravare sul *giudice* il compito di verificare in concreto l'offensività del fatto storico.

⁹³ PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., par. 2.

⁹⁴ Si segnala, in conclusione, un recente indirizzo della giurisprudenza costituzionale, in parte innovativo, che ha riaffermato la capacità dimostrativa del principio di offensività nel suo complesso. Si pensi per tutti all'illegittimità costituzionale della circostanza aggravante basata su un mero *status* soggettivo, come quella di c.d. clandestinità di cui all'art. 61 n. 11 *bis* (cfr. Corte Cost., sent. n. 249 del 2010) affermando che deve sussistere un necessario positivo vaglio di ragionevolezza da superare quando si guarda la legittimità costituzionale della scelta legislativa. Si veda *funditus* MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, cit., p. 100.

⁹⁵ Si veda *funditus* PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 91.

dell'*adeguatezza del mezzo allo scopo* (si pensi alla sent. 269 del 1996 sulla ragionevolezza della punibilità della cessione gratuita di modiche quantità di droghe leggere) e del canone della c.d. *intrinseca meritevolezza dell'interesse tutelato* in tema di eccitazione pubblica all'emigrazione senza fine di lucro e di mendicizia c.d. non invasiva (rispettivamente sentt. n. 269 del 1986 e n. 519 del 1995)⁹⁶.

Ciò detto, il principio di offensività, "*generato con pretese molto ambiziose, ed oggetto di un nomadismo culturale che lo ha visto affermarsi in modo perentorio in altri contesti*", si è dimostrato non molto incline a un controllo qualitativo sui beni giuridici⁹⁷.

Il merito dell'incriminazione penale e delle scelte in tema di sussidiarietà rimangono infatti dominio esclusivo degli orientamenti di politica criminale rispetto ai quali la Corte Costituzionale mostra continua deferenza⁹⁸: l'individuazione delle condotte punibili e del trattamento sanzionatorio restano, pertanto, nella discrezionalità del legislatore.

2.3. L'aggiramento del principio di offensività: tecniche legislative e giurisprudenziali di smaterializzazione del bene giuridico.

(A) Come è noto, la teoria del bene giuridico, sostrato materiale su cui opera la teorica del principio di offensività, ha posto una serie di interrogativi fin dalla sua ottocentesca elaborazione.

(a) In primo luogo, ci si è chiesti quali potessero essere gli *oggetti* offendibili.

⁹⁶ IBID., p. 91.

⁹⁷ MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, cit., p. 100.

⁹⁸ IBID., p. 100. Si pensi in proposito alla vicenda del reato di clandestinità di cui all'art. 10 *bis* del d.lgs. 286/1998. Nella pronuncia n. 250 del 2010 la Corte ha, infatti, affermato che, da un lato, era infondato l'addebito in punto di materialità, escludendo che il reato avesse ad oggetto un modo di essere della persona e, dall'altro, ha rigettato la critica per cui si sarebbe di fronte a un bene giuridico privo di meritevolezza in quanto a tutela di una mera disobbedienza, affermando così che lo stesso poteva essere rinvenuto nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori. Nella vicenda in parola, l'Autore evidenzia come vi possa essere più di un qualche sospetto per cui l'incriminazione della condotta non fosse volta a soddisfare un obiettivo propriamente penalistico, ma più che altro extrapenale. In particolare, si tratterebbe di garantire l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, oggetto del relativo procedimento amministrativo. Così il fuoco della questione, spostandosi dall'offensività alla sussidiarietà e all'*extrema ratio*, lascia intravedere un atteggiamento della Corte ancora di maggiore *self-restraint* (anche forse, si afferma, a causa della "*perdurante assenza di un affidabile strumentario concettuale*" sul punto).

La teoria costituzionale del bene giuridico, che identificava come possibili oggetti della tutela penale esclusivamente i beni dotati di significativa rilevanza costituzionale, è risultata difficilmente praticabile quantomeno nella sua “accezione forte”. Le ragioni sono quelle esposte nei paragrafi che precedono. Basti però ricordare che le difficoltà di applicazione di tale concezione sussistono sia che si intenda la Costituzione quale catalogo chiuso di beni meritevoli di tutela penale, sia che la si intenda in un’accezione più ampia comprendente anche i beni dotati di implicito rilievo costituzionale.

Questo temperamento della teoria smarrisce, infatti, il suo rigore concettuale non potendo essa fungere da limite all’attività discrezionale del legislatore. La stessa Corte Costituzionale ha riconosciuto che la Carta Costituzionale non può essere letta in questa veste, se non nei limiti di un orientamento tendenziale della politica criminale nel senso dell’attuazione del principio (costituzionale) di offensività.

Di conseguenza, bene giuridico risulta essere *quell’entità che viene dal legislatore riconosciuta come meritevole di tutela penale*. Certo, si tratterà in prima battuta di valori primari dell’ordinamento riconosciuti in Costituzione, ma non solo.

(b) In secondo luogo, possiamo chiederci se il concetto di *offendibilità* debba essere inteso in senso fisico, come aggredibilità materiale o se, invece, possano essere comprese anche entità immateriali. Sul punto si innesta il complesso dibattito sulle fattispecie a forte anticipazione della tutela penale. La delegittimazione dei reati di pericolo astratto o presunto, avanzata ad esempio dalla teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, se in linea teorica appare condivisibile, è in grado di porsi in contrasto con il volto del diritto penale moderno⁹⁹.

(c) Infine, è possibile chiederci quali possano essere i *criteri di selezione* di tali beni.

Questi nonostante si formino nella “*dialettica del libero pluralismo delle idee nella società*”¹⁰⁰ non possono essere creati dal legislatore a suo esclusivo piacimento. Come abbiamo avuto modo di notare nei paragrafi che precedono, i beni devono in qualche modo essere preesistenti rispetto alle scelte del legislatore, provenendo dalla

⁹⁹ Si veda sul punto, DONINI M., *L’eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo, Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, cit., p. 66.

¹⁰⁰ ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, cit., p. 43.

società. In altre parole, bisogna capire in che termini il “sociale” possa *legittimamente* influenzare e determinare le scelte del legislatore. Molto dipenderà dei *modelli di democrazia* e di *diritto penale* che vengono accolti in una società.

A rigore, infatti, risulta costituzionalmente illegittima solo una tutela penale del “*nulla o del puro inconsistente*”¹⁰¹. E’ il legislatore, nei limiti dell’abuso e dell’arbitrio del suo potere, ad essere il legittimo interprete della meritevolezza e del bisogno di pena in una società. Il legislatore dovrà ancorare la scelta penale ai termini di una *condivisa e verificabile* dannosità sociale. In dottrina, si è, infatti, affermato che “*sebbene non delimitabili ex ante, i beni giuridici stanno a rappresentare il momento dell’offesa, della lesione necessaria di ogni reato*”¹⁰². Il diritto penale del fatto risulta, infatti, essere il limite estremo imposto proprio dalla Carta Costituzionale.

L’azione di risocializzazione, a seguito del fatto di reato, rende necessario che il soggetto percepisca con chiarezza l’antisocialità del proprio comportamento. Così, proprio dalla necessaria aderenza del disvalore dell’oggetto della tutela alla realtà sociale, dalla quale doveva trarre origine l’intervento penale, è scaturita la teoria del bene giuridico, come superamento della prospettiva formalistica di A. Feuerbach con il riferimento alla lesione del diritto soggettivo¹⁰³. In questi termini il bene giuridico svolge la sua *funzione negativa* di legittimazione di ciò che può essere propriamente oggetto di tutela penale.

La tanto discussa *crisi* del bene giuridico comporta, dunque, la messa in discussione proprio della sua funzione più significativa, e cioè quella di *delimitazione* dell’intervento penale¹⁰⁴.

Così, il principio di offensività, tramandato nell’insegnamento universitario, ha assunto un rigore tecnico e concettuale “*inversamente proporzionale al suo grado*

¹⁰¹ IBID., p. 43.

¹⁰² IBID., p. 44. L’Autore precisa poi che se è vero che ciò vincola il legislatore essenzialmente sotto la sua responsabilità morale e politica, non può comunque essere sottovalutato “*l’appello che spesso giustamente gli si rivolge, affinché si attenga sempre nei fatti a una ‘politica dei beni giuridici’*”. “*Politica dei beni giuridici*” da intendersi “*non nel senso che per la legittimità costituzionale della norma penale debba trovarsi alla sua base un bene giuridico di speciale ‘qualità’, bensì nel senso che la condotta vietata deve recare una ‘plausibile’ dannosità per l’uomo o per la società*”.

¹⁰³ MOCCIA S., *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, 343, p. 344.

¹⁰⁴ IBID., p. 345.

di *effettività storica e legislativa*”¹⁰⁵. Fenomeni come l’inflazione penalistica, la bagatellizzazione e l’amministrativizzazione del diritto penale, la formalizzazione dell’illecito, l’anticipazione della tutela sono elementi tuttora in grado di porre in dubbio le enunciazioni di principio. Il punto è verificare se la crisi dell’offensività sia dovuta alla crisi del principio in sé considerato, o se non sia piuttosto sintomo di una crisi che ha investito l’inadeguatezza del concetto di bene giuridico¹⁰⁶.

E’ opportuno fin da adesso precisare che negare che i beni giuridici siano decisivi per una delimitazione previa del potere punitivo statale non significa escludere, attualmente, un loro contributo alla comprensione del reato sotto molteplici aspetti¹⁰⁷. Si pensi alla funzione dogmatica di ricognizione del sistema penale; alla funzione classificatoria di raggruppamento dei reati in una tendenziale gerarchia di valori; alla funzione interpretativa per una migliore comprensione del reato nel suo significato.

Insomma, nel nostro attuale sistema penale il bene giuridico svolge comunque una qualche funzione *critica* di orientamento della politica criminale¹⁰⁸, in assenza, quantomeno di altre categorie idonee allo scopo. Resta pertanto da verificare se tale concetto non possa essere sostituito da altri di più efficace impiego. Sul punto torneremo in seguito, dato che la nozione di bene giuridico, come è noto, resta caratterizzata da una “*congenita, intrinseca genericità*”¹⁰⁹.

(B) Nella sua funzione garantista, l’offesa è esposta a un duplice rischio, rischio che, come vedremo, si concreta in tecniche di aggiramento del principio di offensività.

I rischi¹¹⁰ sono, infatti, da un lato quello di *svuotamento* dell’offesa attraverso una “*gratuita elargizione di pseudoffese*” a reati che, invece, ne sono privi in quanto senza offesa. Si ricerca dunque una loro legittimazione sul piano dell’offensività

¹⁰⁵ PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., par. 1.

¹⁰⁶ Sull’evoluzione del concetto di bene giuridico si veda, in particolare, l’ampia analisi di MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, cit., pp. 13 ss.

¹⁰⁷ Così ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, cit., p. 43.

¹⁰⁸ IBID., p. 43.

¹⁰⁹ IBID., p. 43.

¹¹⁰ Per ulteriori approfondimenti si veda MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale* (ed. 2011), cit., pp. 214 ss.

quando, invece, questa dovrebbe, più verosimilmente, essere rinvenuta nella necessità preventiva e nell'eccezionalità, attraverso l'identificazione del bene giuridico con lo stesso scopo della norma o dell'offesa con il disvalore del fatto tipico.

Il secondo rischio attiene alla “*messa in liquidazione attraverso l'enfatizzazione delle difficoltà di adeguata tipizzazione in termini di offesa*” delle fattispecie criminose concernenti beni diffusi o vaghi e i reati funzionali o a tutela anticipata rispetto all'effettiva messa in pericolo del bene. Proprio su tale ultimo aspetto concentreremo l'attenzione¹¹¹.

Le tecniche di aggiramento del principio di offensività¹¹² si sono caratterizzate per l'utilizzo, in primo luogo, di beni *vaghi* o *indeterminati* (1) e, in secondo luogo, di beni giuridici *strumentali* o *intermedi* (2).

(1) Attraverso la prima tecnica si adopera un “*sovradimensionamento*” dell'oggetto della tutela, così come inquadrato in termini di tipicità, o un suo “*sdoppiamento*”. Attraverso una manipolazione di tali beni, se ne propone spesso un inquadramento costituzionale¹¹³.

Come è noto, questa tecnica viene spesso stemperata nell'ottica dei sostenitori della tesi della plurioffensività. Così facendo si richiede che la condotta leda contemporaneamente beni giuridici diversi¹¹⁴. Inutile dire che l'utilizzo di beni giuridici vaghi o indeterminati comporta un'espansione dell'area del penalmente rilevante¹¹⁵.

¹¹¹ IBID., p. 215. L'Autore rileva come il problema non stia tanto nella messa in liquidazione dell'offesa, ma il recupero attraverso le tecniche disponibili, di tali reati al principio di offensività oppure la loro ammissione nei limiti della necessità preventiva dell'offesa, procedendosi *altrimenti* alla loro *depenalizzazione*.

¹¹² MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, cit., pp. 75 ss.

¹¹³ IBID., p. 79. Sotto tale profilo, si pensi alla nota vicenda relativa ai reati contro l'ordine pubblico rispetto ai quali si è operato un intervento ricostruttivo teso a riempire di contenuto un così generico concetto.

¹¹⁴ IBID., p. 84. Si pensi, per tutti, a reati quali la rapina di cui all'art. 628 c.p.

¹¹⁵ Così è avvenuto, per fare solo un esempio, in materia di cessione di sostanze stupefacenti che avevano ad oggetto un quantitativo di sostanza con principio attivo insufficiente a determinare effetti psicotropi. Al fine di giustificare in ogni caso la tutela penale, la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha individuato una serie di oggetti di tutela ulteriori rispetto a quello personalistico e richiamanti la tutela, ad esempio, dell'ordine pubblico, del buon costume, del “*normale sviluppo*” delle giovani generazioni.

(2) Attraverso la seconda tecnica, invece, si utilizzano altri beni ritenuti strumentali rispetto al valore costituzionale che è descritto nella fattispecie incriminatrice¹¹⁶. Spesso tale tecnica si realizza attraverso una radicalizzazione della tutela delle *funzioni*¹¹⁷.

E' opportuno comunque precisare che la tutela di beni giuridici strumentali¹¹⁸ può risultare una vera e propria necessità politico-criminale di carattere general-preventivo. Infatti, laddove il bene giuridico risulta essere a carattere superindividuale o a tutela di un interesse diffuso, la selezione di un bene giuridico specifico può essere inopportuna e inefficace essendo, invece, necessario retrocedere la tutela, purché, ben inteso, sussistano "*connessioni empiriche e funzionali*" tra bene-mezzo e bene-scopo.

Fuori da casi di questo genere, dove la connessione tra un bene e l'altro è molto stretta, la creazione di beni strumentali comporta la perdita di controllo sulla

¹¹⁶ MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, cit., p. 79.

¹¹⁷ La tutela delle funzioni consiste nella progressiva anticipazione della protezione in chiave strumentale della "amministrativizzazione" del diritto penale, mediante il suo utilizzo in chiave sanzionatoria di condotte meramente inosservanti di un determinato settore. Risolvendosi in un programma di scopo, di natura pubblicistica, la tutela delle funzioni rende quanto mai ardua la distinzione tra oggetto e *ratio* della tutela. Questa impostazione vanifica il concetto di bene giuridico che è, invece, nel nostro ordinamento, indispensabile, allo stato degli atti, per la costruzione del reato in termini di garanzie formali e sostanziali, favorendo così "*la proliferazione di oggetti di tutela fittizi che avallano scelte di criminalizzazione ipertrofica*". Sul punto si veda MOCCIA S., *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit., p. 352. Il punto è che, molto spesso, la tutela di interessi di stampo amministrativo nasconde veri e propri beni giuridici che vengono tutelati sulla base di una *semplice* scelta del legislatore di agire in via anticipata sugli stessi. L'ordinamento finisce dunque per dettare una disciplina meramente dirigitica, che si esprime in una dettagliata regolamentazione a presidio della quale pone la sanzione penale. Così facendo, rinuncia alla repressione di condotte effettivamente e direttamente orientate all'offesa del bene e punisce la mera inosservanza di norme organizzative.

E' possibile aggiungere ancora qualche breve nota sul punto. La tecnica descritta comporta un'ardua distinzione, proprio in via ontologica, dei beni degni di tutela penale dalle funzioni "*asseritamente*" non ammesse da tale tecnica di tutela.

Dato che tale tecnica di tutela appare in linea di principio delegittimata in virtù del principio di offensività, risulta di fondamentale importanza, come si è evidenziato, la valutazione circa la connessione tra il bene intermedio e quello principale ai fini del rispetto del principio di offensività. La penalizzazione di condotte meramente inosservanti finisce con l'elevare "*la disciplina amministrativa ad autentico 'autoscopo' della fattispecie penale*", mutando così l'impianto delle concezioni di natura *liberal* e il dogma della prepositività del bene giuridico. Si veda MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, cit., p. 102.

¹¹⁸ *IBID.*, p. 86.

“politica dei beni giuridici” nonostante il formale rispetto del principio di offensività utilizzato in chiave *“esclusivamente descrittiva o giustificativa”*¹¹⁹.

Così facendo si promuove, infatti, una ricostruzione formale dell'illecito, promuovendo un'estensione della tutela a oggettività giuridiche *“non stabilizzate”* e strumentali, circostanza questa che asseconda una teorica dell'offensività orientata a una mera funzione promozionale.

La costruzione di beni giuridici strumentali può comportare anche, da un punto di vista sistematico, la trasformazione di reati di pericolo in reati di danno. La *“patente di offensività”* di tali reati finisce per essere quindi un risultato mistificatorio, essendo l'offensività un principio che impone una gradazione delle forme e delle modalità della tutela.

L'utilizzo di tali tecniche comporta il sacrificio oltre che del principio di offensività, anche della riserva di legge, della tassatività/determinatezza e della colpevolezza con conseguente deformazione dell'illecito anche nei termini della funzione della pena. La percezione dell'antisocialità del comportamento risulta infatti falsata, in contrasto con una politica criminale rispettosa dei principi di eguaglianza e certezza del diritto.

2.3.1. L'offensività è un principio debole? Prospettive interpretative alla luce delle insufficienze della teoria del bene giuridico.

Alla luce di quanto detto, risulta fondata la domanda se il principio di offensività non sia, fondamentalmente, un principio di natura debole, di scarso impatto ai fini della definizione dei limiti della tutela penale.

Come abbiamo avuto modo di notare, il principio di offensività, nonostante le sue pretese ambiziose, si è mostrato non molto incline a un controllo quantitativo sui beni giuridici. E' opportuno, infatti, chiedersi se l'aggiramento del principio di offensività sia stato consentito dalla debolezza del suo contenuto prescrittivo.

¹¹⁹ IBID., p. 90. Tale tecnica *“meramente sanzionatoria”* della tutela penale è stata utilizzata in fattispecie quali quelle a tutela di prescrizioni amministrative o di provvedimenti abilitativi. La valutazione di legittimità di tali fattispecie dovrà dunque essere effettuata *caso per caso* per verificare l'effettivo rispetto del principio di offensività.

Senza dubbio, l'erosione del concetto di bene giuridico ha comportato uno svuotamento del principio di offensività. Se, infatti, l'ottica dell'offensività è quella di restringere l'area della tutela penale onde evitare autoritarismi da parte del potere legislativo, tale vocazione risulta di per sé estranea alla nozione di bene giuridico. Di conseguenza, la perdita di vincolatività contenutistica del principio ha comportato un indebolimento della sua capacità di orientamento nei confronti del legislatore.

In primo luogo, l'offensività è stata sacrificata, da un lato, sull'altare del diritto preventivo e, dall'altro su quello del diritto penale frutto delle “*moral crusades*”¹²⁰.

Se si pensa al diritto penale preventivo, esso può, infatti, trovare giustificazione soltanto laddove il rango del bene, la necessità della tutela e un'adeguata tipizzazione della fattispecie siano soddisfatti¹²¹.

Quanto al condizionamento dei fattori sociali sulla creazione della norma incriminatrice, esso non può spingersi fino ad alterare l'equilibrio tra *percezione* dell'antisocialità della condotta e offesa *effettiva* cagionata dalla stessa.

Del pari, l'emersione di nuovi fenomeni criminosi non può comportare un adattamento dei principi *alle* esigenze di controllo¹²². Ciò che deve essere sempre privilegiato sono “*le esigenze solidaristicamente connotate di una vita di relazione in una società*” in costante evoluzione: il bene va dunque considerato in rapporto con il suo titolare risultando dunque funzionale allo sviluppo della personalità nella società civile¹²³.

Il concetto di bene giuridico, del resto, è dotato di una “*forte carica suggestiva*”¹²⁴, la quale, utilizzando il sostantivo “*bene*”, sembra denotare già una “*condizione sufficiente a legittimare la tutela penale*”, con conseguente tentazione di farne un uso retorico, fittizio o strumentale.

¹²⁰ MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, cit., p. 122. Per quanto concerne la criminalizzazione di devianze ideologiche si pensi, in materia di reati di opinione, alla complessa vicenda relativa alla fattispecie di negazionismo. Fattispecie, poi, come quella di uccisione di animali, hanno reso nuovamente attuale il dibattito in tema di offese contrarie al buon costume.

¹²¹ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale* (ed. 2011), cit., p. 226.

¹²² MOCCIA S., *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, cit., p. 349.

¹²³ IBID., pp. 355-356.

¹²⁴ FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 110.

Alla domanda se il principio di offensività non sia, in realtà, un principio avente una natura debole, riteniamo di rispondere, alla luce delle considerazioni fatte, in senso positivo.

Infatti, da un lato, come vedremo, l'offensività non indica al legislatore criteri precisi in base ai quali una condotta dovrebbe essere incriminata, dall'altro, fondandosi sulla teoria del bene giuridico, la sua ambiguità e vaghezza di contenuti non fornisce il parametro sulla base del quale l'offensività deve essere misurata.

Qualche breve nota conclusiva.

Un certo *disincanto*¹²⁵ nei confronti della capacità del concetto di bene giuridico di operare quale argine rispetto a una espansione incontrollata del diritto penale può, dunque, mostrarsi legittimo. Il concetto rimane, infatti, debole e manipolabile oltre che cedevole alle domande di penalizzazione della società fatte proprie dalle forze politiche. Gli si può, dunque, attribuire una certa corresponsabilità rispetto alla “*bulimia repressiva*”¹²⁶ che spesso caratterizza il nostro tempo.

La moltiplicazione degli oggetti di tutela penale comporta un diverso atteggiarsi dei rapporti tra la nozione di bene giuridico e la concezione delle funzioni statuali: lo Stato si trova ad essere sempre meno un “*guardiano delle libertà dei cittadini*” e sempre più garante di beni superindividuali¹²⁷, impiegando il duttile concetto di bene giuridico per estendere l'area del penalmente rilevante, invece, che per restringerla.

Esatto appare, dunque, sostenere che “*la verità è che il bene giuridico è un'entità concettuale politicamente 'sensibile', e perciò a 'rischio': nel senso che è costantemente esposta all'influsso degli orientamenti politico-criminali contingenti registrabili nella 'costituzione materiale'*”¹²⁸. Se molte categorie della parte generale possono essere soggette a una certa manipolazione da parte dell'interprete, compito del giurista è prendere contezza che tale caratteristica, nell'ambito della teoria del

¹²⁵ Si veda sul punto FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 122.

¹²⁶ IBID., p. 122. L'Autore specifica che la qualificazione, peraltro facile, di un interesse come bene giuridico provocherebbe “*una sorta di riflesso condizionato nel sollecitare l'attivazione di una copertura penale*”. Inoltre, afferma l'Autore, in presenza di interessi dotati di un minimo spessore non riesce difficile ricercare forme di implicita o indiretta rilevanza costituzionale.

¹²⁷ IBID., p. 122.

¹²⁸ IBID., p. 123.

bene giuridico, può condurre ad accogliere categorie nuove funzionali a una delimitazione dell'area del penalmente rilevante.

La debolezza del paradigma del bene giuridico deriva anche dal fatto che si tratta di una ricostruzione di matrice accademica¹²⁹. La norma giuridica così ricostruita può dunque risultare lontana dal significato del reato nella percezione dei gruppi sociali e politici. Questo non vuol dire che la scienza penalistica non possa elaborare un concetto di reato in via autonoma, ma significa piuttosto prendere atto “*delle insufficienze della tradizionale teoria del bene giuridico come dottrina che spiega il nucleo centrale del disvalore dei fatti punibili*”¹³⁰ e significa anche ricercare categorie che siano di più efficace comprensione da parte del cittadino, oltre che dogmaticamente più definite.

L'individuazione di una condotta come meritevole di tutela penale deve, infine, dipendere da una serie di altri presupposti, quali l' *extrema ratio*, la ragionevolezza e la proporzione.

Proprio in questo spirito verrà analizzata la dottrina anglo-americana sul principio del danno e della molestia per poi passare nel capitolo finale a un'analisi anche degli altri principi che, assieme a quello di offensività, regolano l'attività legislativa di selezione dell'area del penalmente rilevante.

¹²⁹ IBID., p. 125.

¹³⁰ IBID., pp. 125-126.

CAPITOLO II

IL DIBATTITO ANGLO-AMERICANO SUI CRITERI DI LEGITTIMAZIONE DELL'INTERVENTO PUNITIVO. HARM E OFFENCE PRINCIPLE TRA LIBERALISMO E MORALIZZAZIONE DELLA TUTELA.

SOMMARIO: 1. I criteri di criminalizzazione nella prospettiva anglo-americana in tema di dannosità: *harm* e *offence principle* nel più recente dibattito di *common law*. – 2. Le radici dell'*harm* e *offence principle* da J. S. Mill a J. Feinberg. – 2.1. La concezione liberale di J. S. Mill alla riprova del Rapporto Wolfenden. – 2.1.1. Il dibattito sulla criminalizzazione della mera immoralità nel panorama giuridico di *common law*. – 2.2. Verso un liberalismo cauto: l'opera colossale di J. Feinberg. – 2.2.1. *Harm principle* e *offence principle* come legittimi criteri di criminalizzazione. – 2.2.1.1. La nozione di *harm*: *setback of interests* e *wrong*. – 2.2.1.2. Le valutazioni del legislatore sul concetto di *harm*: le cc.dd. massime di mediazione. – 2.2.1.3. La nozione di *offence*: *l'affront to sensibility* e le cc.dd. massime di mediazione. – 2.2.2. Feinberg e l'esclusione del *legal paternalism* e del *legal moralism* dai legittimi *liberty-limiting principles*. – 3. Il più recente dibattito di *common law* sulla dannosità sociale. Le coordinate essenziali della riflessione anglo-americana tra *criminalization* e *wrongdoing*. – 3.1. I correttivi proposti alla teoria di J. Feinberg: il dibattito sull'individuazione delle tipologie di *harm*, l'interpretazione correttiva dell'*offence principle* e le sue critiche, i nuovi orientamenti sulla nozione di "autonomia personale". – 3.2. Gli aspetti generalmente condivisi della teoria dell'*harm principle*. – 3.3. L'impatto dell'*harm principle* sulla più recente giurisprudenza di *common law*: la particolare resistenza della *case-law* inglese. – 3.4. Le differenze tra la prospettiva statunitense e quella inglese sul tema: il dibattito nord-americano sulla costituzionalizzazione del *principle of harm* e il lavoro della *US Supreme Court*. – 4. "*The collapse of the harm principle*": "*harm arguments*" e adeguatezza del *principle of harm* nelle più recenti prese di posizione della dottrina anglo-americana.

1. I criteri di criminalizzazione nella prospettiva anglo-americana in tema di dannosità: harm e offence principle nel più recente dibattito di common law.

Come abbiamo avuto modo di precisare, la ricerca della legittimazione del diritto penale nell'Occidente ha seguito fondamentalmente due vie: la prima, quella dell'Europa continentale legata al concetto di "*bene giuridico*" elaborata a metà dell'Ottocento, la seconda, invece, di matrice anglo-americana che ha incentrato l'attenzione sul danno ad altri (*harm to others principle*).

Nei più recenti studi della dottrina continentale, si è notato che risulta quanto mai “*irritante*” constatare che nonostante numerosi sforzi, fino ad oggi non si sia riusciti a trovare “*criteri e parametri sufficientemente condivisi per poter stabilire che cosa i beni giuridici siano e quando la loro lesione o messa in pericolo sia da ritenere meritevole di pena*”¹. Esiste consenso sul fatto che la norma penale non possa tutelare meri sentimenti o rappresentazioni morali o di valore. Nella dottrina tedesca si ritiene, infatti, che una delle acquisizioni fondamentali della teoria del bene giuridico risieda proprio nell’aver dimostrato l’illegittimità della tutela penale di mere rappresentazioni morali o di valore, come si può ricavare dall’abolizione di quei reati che proteggono la moralità in sé considerata quali la sodomia o l’omosessualità².

Ciò che è certo è esclusivamente che il bene giuridico non possa essere identificato con l’interesse che ha spinto il legislatore a creare la norma penale, ma piuttosto che sia un *quid* al quale questo interesse si riferisce. Che cosa sia poi questo *quid* è estremamente controverso³.

Inoltre, negli ultimi anni, come abbiamo avuto modo di notare, si è andato sempre più affermando il convincimento che alla fin fine si possa sempre trovare un bene giuridico legittimo, se si è disposti a considerare sufficiente un collegamento debole tra il comportamento e il bene.

La dottrina di *common law* ha sviluppato, invece, una diversa teoria in materia di criminalizzazione che affonda le sue radici nel liberalismo di J.S. Mill. Gran parte della ricostruzione teorica dell’*harm principle* e, cioè, del principio del danno ad altri, si deve però all’opera, di capitale importanza del filosofo statunitense Joel Feinberg.

Feinberg, filosofo del diritto e professore nelle più importanti università americane, ha infatti analizzato i cc.dd. *liberty-limiting principles* in quattro monumentali volumi: *harm to others*, *offence to others*, *harm to self*, *harmless wrongdoing*. Il suo studio, pubblicato a metà degli anni Ottanta, prende il principio

¹ WOHLERS W., *Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana*, cit., p. 126.

² IBID., p. 128.

³ IBID., p. 127. Ci si chiede cioè se questo *quid* possa essere considerato solo il corpo umano, o anche la collettività sociale, o ancora i puri valori spirituali o ideali.

del danno elaborato da Mill – nonché dalla dottrina successiva – e dà corpo e sostanza alla stessa delineando, per la prima volta, il contenuto specifico del concetto di danno e molestia ad altri.

In via di prima approssimazione è, infatti, opportuno chiarire che il danno rilevante, che legittima l'intervento punitivo dello stato è quella lesione di un interesse (*setback of interest*) che costituisce nello stesso tempo la violazione di un diritto (*violation of a person's right*)⁴.

Come vedremo, così inteso, l'*harm principle* ha un ambito di applicazione certamente più ristretto rispetto a quello della teoria del bene giuridico⁵.

In realtà, la dottrina più recente include, come vedremo, anche l'*offence principle*, il quale provoca nelle persone un “*disliked states of mind*” e quindi reazioni negative. L'*offence principle* deve comunque sottostare a due condizioni: deve trattarsi, in primo luogo, di un comportamento che può essere considerato un'intromissione in diritti altrui (*wrongful offensive conduct*) e, in secondo luogo, devono essere confrontati gli interessi di colui che si sente disturbato con quelli della persona che agisce⁶ effettuando dunque una sorta di bilanciamento tra i due⁷.

Secondo autorevole dottrina, così delineato il principio del danno e della molestia, si coprirebbe fondamentalmente l'area già definita dalla teoria del bene giuridico. Peraltro, le motivazioni moralistiche sono tendenzialmente escluse anche dalla dottrina di *common law*⁸.

⁴ Come vedremo, né i semplici desideri e le inclinazioni (*passing wants*) né gli obiettivi prescelti dalla persona (*instrumental wants, focal aims*) sono considerabili meritevoli di tutela penale, bensì lo sono quegli interessi che sono essenziali per la propria autorealizzazione (*welfare interests*) finalizzati all'attuazione di un proprio piano di vita (*basic requisites of a man's well-being*).

Altri Autori, come Von Hirsch, specificano poi che tali interessi devono integrare risorse rispetto alle quali la persona possa avere un interesse alla loro integrità. Si tratta, dunque, come vedremo, di quei mezzi e capacità idonei, in presenza di condizioni tipiche, a garantire la qualità della vita di una persona *standard* e la cui lesione comporta un condizionamento negativo sul tenore di vita.

Si veda sul punto WOHLERS W., *Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana*, cit., p. 128.

⁵ IBID., p. 129.

⁶ IBID., p. 129.

⁷ IBID., p. 129. Secondo Von Hirsch, ad esempio, il mero fatto che un comportamento possa essere considerato molesto non può giustificare di per sé la punibilità dello stesso, essendo necessario un fondamento normativo che lo renda anche un *illecito*, quando cioè il comportamento comporta che altre persone siano trattate senza rispetto e senza riguardo.

⁸ IBID., p. 130.

Prima di entrare nel dettaglio del dibattito di *common law* giova considerare la grammatica di base che caratterizza l'*harm* e *offence principle* illustrando i concetti generali propri di tale teoria. Come abbiamo detto, la riflessione di *common law*, invece di incentrarsi sul continentale principio di offensività⁹, individua *dei limiti* entro i quali l'esercizio del potere è legittimo elaborando da un lato, i cc.dd. principi di limitazione della libertà (*liberty-limiting principles*) e, dall'altro, discute, anche aspramente, sulla necessità che il diritto penale prenda le distanze o meno dalla morale¹⁰.

I *liberty-limiting principles* sono i seguenti.

In primo luogo, il principio del danno ad altri, c.d. *harm to others principle*, secondo il quale le condotte passibili di pena sono quelle che cagionano un danno o espongono a pericolo persone diverse rispetto a quella che le pone in essere.

In secondo luogo, il principio della molestia, c.d. *offence to others principle*. Questa espressione risulta difficilmente traducibile, dato che si corre il rischio di confondere il concetto di "*offence*" con quello di "offesa" di matrice continentale, con conseguente travisamento del suo significato. Ai fini della presente trattazione si accoglierà l'espressione "*principio del disturbo o della molestia*", principio che consiste non tanto nel provocare un danno o un pericolo agli interessi altrui, ma in sensazioni mentali sgradite in persone diverse dall'agente. Si pensi, per tutte, a condotte oscene o pornografiche.

In terza battuta, si può individuare il paternalismo giuridico, c.d. *legal paternalism*, il quale legittima le incriminazioni di condotte dannose o pericolose per lo stesso agente che le pone in essere e che, dunque, "*subordina il diritto di autodeterminazione di una persona al bene proprio della persona*" stessa¹¹.

Infine, il moralismo giuridico, c.d. *legal moralism*, che legittima, invece, la punizione dei fatti intrinsecamente immorali, indipendentemente da un danno o da una molestia. Il diritto penale diventa uno strumento di tutela di un determinato modello di vita e di morale.

⁹ Come è noto, l'elaborazione di tale principio trova particolari radici negli studi di matrice tedesca.

¹⁰ FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentale e anglo-americana a confronto* (a cura di Fiandaca G. – Francolini G.), Giappichelli, Torino, 2008, p. 5.

¹¹ IBID. p. 5. L'Autore cita l'opera colossale di Joel Feinberg che vedremo tra breve.

Tali principi non sono alternativi ma combinabili, a seconda che si segua una visione liberale estrema, moderata o una posizione conservatrice. E' opportuno specificare che¹², così come nei sistemi continentali, l'*esistenza* di un determinato bene giuridico non comporta necessariamente l'*automatica* tutela in campo penale, così nei sistemi di *common law*, i principi servono a delimitare i confini entro i quali la pretesa punitiva è moralmente legittima così come lo è la restrizione della libertà dei consociati, non comportando comunque che il legislatore automaticamente abbia svolto valutazioni di utilità sociale e di opportunità rispetto all'emanazione di una determinata norma penale.

Così definito, l'*harm-offence principle* mostra di avere il vantaggio, rispetto alla teoria del bene giuridico, di delineare in maniera più precisa, e con contorni più netti, il concetto di *danno* e di *molestia*, indicando parametri più stringenti alla discrezionalità del legislatore¹³. Certo è che pur adottando il criterio di *common law* permane il rischio che volendo cercare a tutti i costi un danno, anche solo indiretto, questo lo si può sempre trovare. Il dibattito più attuale verte, infatti, proprio sulla problematica del *remote harm*.

Si è così notato¹⁴ che facendo un bilancio intermedio emerge una diagnosi abbastanza disincantata.

Nessuna delle due teorie è di per sé in grado di porre confini rispetto alla discrezionalità del legislatore, "*confini che si delineano soltanto se si considerano aggiuntivamente i criteri di una giusta imputazione*"¹⁵, *che tengono conto in modo particolare anche del problema del remote harm*"¹⁶. Comunque, nonostante si proceda combinando la teoria del bene giuridico, o quella dell'*harm-offence principle*, a quella della giusta imputazione, non risulta ancora possibile stabilire positivamente quali tipi di comportamento possano essere considerarsi punibili. Certo è che è possibile, quanto meno, "*mostrare a quali interessi il legislatore non si*

¹² IBID., p. 6.

¹³ WOHLERS W., *Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana*, cit., p. 134.

¹⁴ IBID., p. 134.

¹⁵ Sul punto vedremo nei paragrafi che seguono.

¹⁶ WOHLERS W., *Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana*, cit., p. 134.

può riferire per la legittimazione di una fattispecie penale” o perché tali interessi non sono meritevoli di tutela, o perché, seppur meritevoli, hanno un collegamento troppo debole con i comportamenti posti in essere e per questo motivo “*vi si oppongono i criteri di una giusta imputazione*”¹⁷.

Che cosa sia dunque il *quid* meritevole di tutela non si può ricavare dallo stesso diritto penale, ma da parametri esterni riconosciuti però come vincolanti. Le rappresentazioni di valore sono legittime solo qualora pongano in discussione l'intera intesa sociale-normativa dominante, nel rispetto del principio fondamentale di uno Stato pluralista.

Se queste sono le coordinate comparatistiche di base relativamente ai criteri di legittimazione della norma penale, risulta quanto mai interessante notare come in dottrina¹⁸ si sia fatta strada l'idea che i due sistemi stiano vivendo un “*tendenziale progressivo avvicinamento*” che coinvolge, tra gli altri, il settore penale.

Nel nostro ordinamento, da sempre ispirato a una limitazione dell'area del penalmente rilevante, è di fondamentale importanza volgere lo sguardo verso i sistemi di *common law* dove pure si affronta un dibattito in tema di ipertrofia del diritto penale¹⁹. E' infatti necessaria una riforma organica del sistema penale che si coniughi con il principio di dannosità sociale e con il principio di *extrema ratio*.

Proprio sulla base di questo spirito verrà condotta l'analisi che segue relativamente al dibattito di *common law*.

2. Le radici dell'harm e offence principle da J.S. Mill a J. Feinberg.

Illustrati i concetti fondamentali della dialettica relativa al principio del danno e della molestia, nei paragrafi che seguono la teoria in parola verrà esaminata più nel dettaglio. In particolare, si analizzerà in primo luogo la teoria del *principle of harm* nella ricostruzione del suo padre fondatore, John Stuart Mill, per poi esaminare

¹⁷ IBID., p. 134.

¹⁸ FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, cit., p. 1. L'Autore fa riferimento a CADOPPI A., *Introduzione allo studio del diritto comparato*, CEDAM, Padova, 2004 e FLETCHER G., *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, New York – Oxford, 1998, trad. it. PAPA M., *La grammatica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2004.

¹⁹ CADOPPI A., *Dalla judge-made law al criminal code*, in Id. *Introduzione allo studio del diritto comparato*, cit., p. 153.

l'opera in quattro atti di uno dei più grandi giuristi americani del nostro tempo, Joel Feinberg, che ne ha approfondito e arricchito i contenuti e la grammatica.

2.1. La concezione liberale di J.S. Mill alla riprova del Rapporto Wolfenden.

Il principio del danno, è opportuno precisarlo, non trova espresso riconoscimento in nessuna delle fonti principali del sistema penale inglese, tanto di c.d. *statute law* quanto di c.d. *common law*²⁰.

(A) L'enunciazione del *principle of harm* prende forma dal pensiero del massimo esponente del liberalismo inglese J.S. Mill che lo definisce come *principle of liberty*. In *Saggio sulla libertà* del 1859, Mill individua quale unico motivo legittimo per fondare l'inflizione della pena, e più in generale l'interferenza nella sfera di autonomia dell'individuo da parte della società, la necessità di evitare un danno ad altri.

La duplice spinta²¹ che caratterizza il lavoro di Mill risiede da un lato, nella ricerca di limitazione dell'autorità dello Stato nell'esercizio del potere punitivo, dato che nella sua riflessione risulta primaria la libertà individuale sui beni individuali o collettivi come la morale o il *welfare*. Dall'altro lato, l'Autore cerca di identificare quale sia l'elemento giustificativo del potere coercitivo esercitato dallo Stato. Sotto tale ultimo profilo, come vedremo, la giustificazione del potere punitivo risiede nella prevenzione del danno ad altri (*prevention of harm to others*) includendo dunque, da un lato, la causazione diretta del danno e, dall'altro, la creazione del rischio di danno ed escludendo, invece, tutte quelle condotte di danno a se stessi o di incriminazione di condotte che offendano la semplice sensibilità o morale delle persone.

Come Mill stesso afferma in apertura del suo saggio, l'argomento principale della sua opera è la libertà civile o sociale, la natura e i limiti del potere cioè che la società può legittimamente esercitare sull'individuo, problema che, secondo una visionaria frase di Mill, influisce in maniera latente “*sulle polemiche quotidiane del*

²⁰ PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*. Paper presented at the 2016 Annual Conference of the Society of Legal Scholars 'Legislation and the Role of Judiciary' (University of Oxford, 6-9 September 2016). Disponibile in http://www.lorenzopasculli.com/uploads/2/7/3/8/27389245/pasculli_sls_paper_harm_italy-uk.pdf, p. 4.

²¹ IBID., p. 5.

*nostro tempo, e che probabilmente si paleserà ben presto come il problema fondamentale del futuro*²².

La lotta tra autorità e libertà ha sempre caratterizzato la storia del pensiero occidentale. Vi è, infatti, *“un limite alla legittima interferenza dell’opinione collettiva sull’indipendenza individuale: e trovarlo, e difenderlo contro ogni abuso, è altrettanto indispensabile alla buona conduzione delle cose umane quanto la protezione dal dispotismo politico”*²³. Mill afferma dunque che *“tutto ciò che rende l’esistenza di chiunque degna di essere vissuta dipende dall’imposizione di restrizioni sulle azioni altrui”*²⁴. Ebbene, il principio fondamentale individuato da Mill è quello appunto del danno (*prevention of harm to others*). Vale qui la pena di riportare il celeberrimo (e citatissimo) passaggio che esprime il fulcro fondamentale del suo pensiero:

“il principio è che l’umanità è giustificata, individualmente o collettivamente, a interferire sulla libertà d’azione di chiunque soltanto al fine di proteggersi: il solo scopo per cui si può legittimamente esercitare un potere su qualunque membro di una comunità civilizzata, contro la sua volontà, è per evitare un danno ad altri. Il bene dell’individuo, sia esso fisico o morale, non è una giustificazione sufficiente. Non lo si può costringere a fare o non fare qualcosa perché è meglio per lui, perché lo renderà felice, perché nell’opinione altrui, è opportuno o perfino giusto: questi sono buoni motivi per discutere, protestare, persuaderlo o supplicarlo, ma non per costringerlo o per punirlo in alcun modo nel caso si comporti diversamente. Perché la costrizione o la punizione siano giustificate, l’azione da cui si desidera distoglierlo deve essere intesa a causar danno a qualcun altro. Il solo aspetto della propria condotta di cui ciascuno deve render conto alla società è quello riguardante gli altri: per l’aspetto che riguarda soltanto lui, la sua indipendenza è, di diritto, assoluta. Su se stesso, sulla sua mente e sul suo corpo, l’individuo è sovrano”²⁵.

Il *“semplice principio”* definito da Mill, in apparenza molto lineare, nasconde in realtà complessi nodi problematici. In primo luogo, una domanda sorge spontanea: che cosa può essere definito come danno?

²² MILL J.S., *Saggio sulla libertà*, cit., p. 3.

²³ IBID., p. 7.

²⁴ IBID., p. 7.

²⁵ MILL J.S., *Saggio sulla libertà*, cit., p. 12-13.

La mancata definizione del concetto di danno apre la teoria a interpretazioni discordanti tali da frustrare il significato originario e lo scopo liberale del principio.²⁶ Si pensi per tutte all'interpretazione, come vedremo, moralistica data da Lord Devlin.

Oltre alla mancata definizione del concetto di “*harm*”, i punti critici della teoria sono stati individuati nella criminalizzazione di condotte che anticipano l'individuazione del danno, e cioè del c.d. “*remote harm*” e nella formulazione del principio in senso esclusivamente negativo.

Da un punto di vista più generale, poi, la teoria dell’*harm principle* non è stata originariamente concepita come limite al diritto penale, ma come limite al concetto più ampio di coercizione. Di conseguenza, qualora un soggetto non voglia direttamente causare un danno a un altro si rende necessario l'impiego di ulteriori principi che delimitano l'area dell'intervento punitivo, non essendo quello del danno un principio autosufficiente²⁷.

Quanto al danno, è possibile precisare che il concetto di danno impiegato da Mill nel corso suo saggio è un concetto normativo²⁸: le uniche interferenze legittime sono quelle che incidono sulla sfera che interessa la società imponendo ai consociati di “*non danneggiare gli interessi reciproci, o meglio certi interessi che, per esplicita disposizione di legge o per tacito accordo, dovrebbero essere considerati diritti*”²⁹. Mill poi continua dicendo: “*gli atti di un individuo possono arrecare danno ad altri o non tenere in giusta considerazione il loro benessere, senza giungere al punto di violare alcuno dei loro diritti costituiti. In questo caso il colpevole può essere giustamente condannato dall'opinione, ma non dalla legge*”³⁰.

Mill, dunque, ritiene che in presenza di un preciso danno o rischio di danno per il pubblico o per un individuo non si è in presenza dell'esercizio di una libertà legittima, ma al contrario si rientra nella sfera di applicazione della legge, o al più, della morale. Se, al contrario, la condotta dell'individuo non infrange alcun dovere

²⁶ PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., p. 5.

²⁷ IBID., p. 6.

²⁸ FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, cit., p. 8.

²⁹ MILL J.S., *Saggio sulla libertà*, cit., p. 86.

³⁰ IBID., p. 86.

specifico verso il pubblico, né lede “*percettibilmente alcuna persona precisa salvo l’individuo stesso, si tratta di un fastidio che la società può permettersi di sopportare, negli interessi di un bene maggiore, la libertà umana*”³¹.

Ma l’interrogativo permane: come è possibile distinguere gli interessi che riguardano solo il singolo da quelli che coinvolgono la società e che dunque possono assurgere al rango di diritti? Il problema può essere ancora più complesso se si considera che i diritti possono trovarsi in una situazione di reciproco conflitto³².

E’ opportuno specificare che è opinione diffusa che Mill non abbia trovato soluzione a tali quesiti e che il criterio di *utilità*, da intendersi come strumento per promuovere il progresso dell’uomo, non sia risultato essere una guida efficace per il legislatore nell’ottica del principio del danno³³. Su tali aspetti si concentra, pertanto, la dottrina successiva.

(B) Il principio elaborato da Mill ha avuto scarsa rilevanza pratica (e cogente influenza) fino al celebre Rapporto Wolfenden.

Se consideriamo, infatti, che Mill ha avuto un particolare impatto soprattutto sotto il profilo del liberalismo economico più che su quello giuridico e che, nel sistema anglo-americano, la rilevanza della legge scritta è marginale, e comunque di più recente interesse, capiamo che la prima reale *valorizzazione* della *cogenza* del concetto di danno in chiave *liberal* la abbiamo attraverso la liberalizzazione, operata attraverso il Rapporto Wolfenden, di una serie di condotte prima ritenute penalmente rilevanti. Il principio del danno, specie nelle sue iniziali elaborazioni, risulta infatti un principio che si rivolge fondamentalmente al legislatore e, in un sistema nel quale i giudici determinano in maniera ampia i contenuti della norma penale non poteva avere particolare incidenza a meno di non vedere una netta presa di posizione del potere legislativo (e giudiziario) in tal senso. Del resto, malgrado la particolare rilevanza del rapporto in parola, esso, come vedremo, non ha comportato un’incidenza a trecentosessanta gradi nella legislazione inglese, proprio per la resistenza del potere giudiziario.

³¹ IBID., p. 94.

³² FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, cit., p. 8.

³³ IBID., p. 9.

E' opportuno precisare che, contemporaneamente, negli Stati Uniti, la Corte Suprema si trovava in difficoltà quanto alla definizione e al trattamento della nozione di osceno e l'*American Law Institute* preparava una bozza di *Model Penal Code* con un ripensamento dei "vice crimes".

Il *Report of Committee on Sexual Offences and Prostitution*, presentato dal Parlamento inglese nel settembre del 1957 e meglio conosciuto come *Wolfenden Report*, il quale prende il nome dal suo presidente, ritiene che la funzione del diritto penale non sia quella di intervenire nell'area privata dei cittadini³⁴.

Così, se è vero che l'obiettivo del diritto penale è quello di tutelare l'ordine pubblico e il decoro, questo deve astenersi dall'intervenire nella sfera delle scelte private dei cittadini, costringendoli a tenere determinati comportamenti nella vita privata. Deve, infatti, rimanere un campo attinente alla morale privata (*private morality*) e di immoralità (*immorality*) che non è assolutamente compito del diritto penale indagare³⁵.

Ad ogni buon conto, il rapporto non utilizza il termine "harm" e ammette una tutela penalistica più ampia comprendendo al suo interno anche il concetto di "offence" come, del resto, tuttora fa la dottrina.

In ogni caso, la scelta del *Wolfenden Report* risulta chiara nell'ottica dell'insegnamento di Mill: il diritto penale non può essere utilizzato come strumento di tutela della morale in sé considerata. Come dicevamo, l'impatto del rapporto in parola non è stato una mera enunciazione di principio, ma la depenalizzazione,

³⁴ WOLFENDEN REPORT, par. 13-14. Si veda *funditus* PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., p. 6. In particolare, secondo il rapporto Wolfenden, la principale funzione del diritto penale è quella di preservare l'ordine pubblico e il decoro (*public order and decency*). In particolare, si tratta di preservare "[the] public order and decency, to protect the citizen from what is offensive and injurious and to provide sufficient safeguards against exploitation or corruption of others, particularly those who are specially vulnerable. [...it is not] the function of the law to intervene in the private lives of citizens or seek to enforce any particular pattern of behaviour, further than is necessary to carry out the purposes we have outlined".

³⁵ Il rapporto, infatti, così recita: "there must remain a realm of private morality and immorality which is, in brief and crude terms, not the law business". Feinberg nel suo quarto volume *Harmless Wrongdoing* aggiunge, a proposito del rapporto Wolfenden, che: "Presumably what the report means by 'realm of private morality and immorality' is a sphere of predominantly self-regarding behaviour, not directly affecting the interest or sensibilities of others, in which the autonomous actor is free to follow his own moral judgement and principles even if they should diverge from the prevalent standards in his community (public morality)".

nell'ambito della legislazione allora vigente, di determinate condotte prima considerate illecito penale, come quelle omosessuali, commesse in privato³⁶.

La scelta in senso *liberal* del rapporto Wolfenden, come è noto, non provoca però una totale rivoluzione del tessuto globale del diritto inglese. Esso ha incontrato una forte resistenza del potere giudiziario inglese, decisamente più orientato in senso tradizionalistico.

2.1.1. Il dibattito sulla criminalizzazione della mera immoralità nel panorama giuridico di common law.

Il dibattito tra liberali e moralisti ha radici lontane nel panorama giuridico inglese. La *querelle* ha visto come suoi massimi interlocutori, nel secolo scorso, Herbert L. A. Hart e Lord Patrick Devlin, ma ancor prima, a fine Ottocento, aveva visto contrapporsi le tesi di J.S. Mill a quelle di Lord James Fitzjames Stephen.

Il punto merita approfondimento alla luce della lettura in chiave *liberal* effettuata con il Rapporto Wolfenden. Questo mostra come il principio del danno sia risultato al centro di opposte visioni specie nel dibattito sulla criminalizzazione della mera immoralità. Ma andiamo con ordine.

Come è noto, Mill, riteneva che *“l'argomento più forte contro l'interferenza del pubblico nella condotta puramente individuale è che, quando si verifica, si verifica con ogni probabilità sia nei modi sbagliati che nel posto sbagliato”*. Infatti, Mill afferma che *“nelle questioni di moralità sociale, di doveri nei confronti degli altri, l'opinione del pubblico, cioè della stragrande maggioranza, è più spesso giusta che sbagliata, poiché si tratta soltanto di giudicare sui propri interessi, su come verrebbero coinvolti da un dato comportamento, se venisse consentito. Ma l'opinione di una simile maggioranza, imposta come una legge a una minoranza, in questioni di condotta strettamente individuale ha uguali probabilità di essere giusta o sbagliata, perché nel migliore di questi casi opinione pubblica significa l'opinione di alcuni su cosa sia bene o male per altri, e molto spesso non significa neanche questo – il pubblico, con la più perfetta indifferenza, ignora i sentimenti o le esigenze*

³⁶ Si tratta del *Sexual Offences Act 1967*. Si veda PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., p. 6.

di coloro di cui biasima la condotta, e pensa solo alla propria preferenza”³⁷. In altre parole, nell’ottica milliana l’opinione di una maggioranza così strutturata, in questioni attinenti alle condotte strettamente individuali, non può essere imposta attraverso lo strumento legislativo, non essendo chiaro se questa possa dirsi giusta o sbagliata, nonostante che l’ampliamento di questa “*polizia morale*” fino alla lesione della libertà individuale sia “*una delle più universali propensioni umane*”³⁸.

La posizione conservatrice di c.d. moralismo giuridico, al contrario, nella formulazione del suo capostipite Lord Stephen aveva ripudiato il principio milliano nel suo *Libertà, uguaglianza e fratellanza* del 1873 con un sarcastico richiamo agli ideali della Rivoluzione francese che, invece, intendeva confutare.

In quest’ottica, il compito del diritto penale è quello di reprimere le condotte che la società ritiene viziose perché la pena si fonda sul *risentimento* o sull’*odio* che viene ingenerato nei consociati o nella loro maggioranza³⁹. Pertanto non si tratta di punire quelle condotte ritenute dannose per altri, come appunto riteneva Mill, ma piuttosto quelle azioni che rientrano nel novero delle condotte immorali di per se stesse considerate.

La posizione conservatrice rivive nel celebre dibattito, sviluppatosi non solo nel Regno Unito, ma anche negli Stati Uniti, per mano di Lord Devlin la cui presa di posizione viene appunto sollecitata in materia di omosessualità e prostituzione dal rapporto Wolfenden. Come è noto, mentre il rapporto aveva suggerito di depenalizzare le condotte omosessuali private tra adulti consenzienti e aveva espresso parere contrario rispetto alla incriminazione della prostituzione a quel tempo lecita, Devlin si mostra come accanito sostenitore della tesi opposta attraverso

³⁷ MILL J.S., *Saggio sulla libertà*, cit., p. 96.

³⁸ IBID., p. 97. Mill fa anche in proposito alcuni esempi, tra cui quello di coloro che per diversa opinione religiosa non pratica le medesime osservanze religiose.

³⁹ FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, cit., p. 9. Lo stesso FEINBERG J., nel suo quarto volume di *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., *Harmless Wrongdoing*, p. 156, precisa che “*Stephen says, is that harm prevention is not the only proper ground for criminalization. The law as it exists now and has always existed makes no sense unless we also ascribe to it as part of its rationale the gratification of ‘the feeling of hatred – call it revenge, resentment, or what you will – which the contemplation of such conduct excites in healthily constituted minds’*”. Feinberg nota però una situazione paradossale. Lo strumento penale nella visione di Stephen può essere usato anche a tutela di quelle condotte che non provocano un danno, dunque senza vittima. Ma se lo scopo del punire è quello di soddisfare una sete di vendetta, se il crimine non ha vittima, allora chi è che vuole questa vendetta? Il tema non può essere analizzato in questa sede. Per ulteriori approfondimenti si veda FEINBERG J., *Harmless Wrongdoing*, pp. 159 ss.

la presentazione di un documento presentato alla *British Academy* che “è passat[o] alla storia come la summa del moralismo giuridico”⁴⁰.

Secondo questa visione la società ha diritto di difendersi da tutte le condotte che ne minacciano l'esistenza e la coesione ed è legittimata a tal fine ad utilizzare il diritto penale. Pertanto, “*poiché la coesione sociale è assicurata dalla moralità costituita, ne consegue che il diritto penale ha titolo di occuparsi dei comportamenti che deviano la morale*”⁴¹, la quale non si identifica nella religione cristiana, ma risulta comunque ad essa legata poiché anche i valori morali dei cittadini non credenti risultano condizionati da quelli religiosi.

La formulazione in termini assoluti di tale teoria e l'assenza di prove empiriche sono la base delle più aspre critiche mosse da Hart⁴².

L'illustre professore di Oxford parte infatti da un'accezione di società come stili di vita che ben possono cambiare, senza che si verifichi nessun fenomeno definibile come “*disintegration*” o “*members drifting apart*”⁴³. Secondo Hart, infatti, la morale di per sé non può essere considerata ragione sufficiente a giustificare l'intervento punitivo dello Stato.

Solo la prevenzione del danno ad altri può giustificare l'intervento coercitivo, dovendosi escludere quali *liberty-limiting principles* sia il paternalismo giuridico che il moralismo giuridico. Diversamente opinando, infatti, l'invasione della libertà personale sarebbe esclusivamente giustificata dai sentimenti offesi della “vittima”.

⁴⁰ FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, cit., p. 10. La relazione del 1959 è poi confluita insieme ad altri scritti del medesimo Autore in DEVLIN P., *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, London, Oxford, New York, 1965 e prese il titolo di *Morals and the Criminal Law*. Interessante è notare, come fa FRANCOLINI, in op. cit., come Devlin avesse inizialmente condiviso le conclusioni del rapporto Wolfenden e come volesse originariamente dedicare la propria relazione alle modifiche necessarie per uniformare il diritto penale inglese alle raccomandazioni della Commissione. Poi, invece, approfondendo la questione, mutò avviso ed elaborò l'antitetica posizione per cui è noto. Si veda sul punto anche il quarto volume di J. FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, p. 134.

⁴¹ Si veda FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, cit., p. 11.

⁴² HART H.L.A., *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, cit., p. 13 afferma infatti piuttosto duramente che “*till psychologists and sociologists provide such evidence, supporters of the enforcement of morality would do better to rest their case candidly on the conservative rather than on the disintegration thesis*”.

⁴³ Si veda sul punto HART H.L.A., *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, il quale compie un'interessante analisi anche del lavoro di Durkheim E., *The division of labour in society* 56 (3d ed. Simpson transl. 1964) e dei suoi concetti di “*mechanical solidarity*” e “*organic solidarity*”.

Le condotte private non possono in alcun modo comportare un tradimento o un *breach of faith*⁴⁴.

La rilevanza del dibattito tra Hart e Devlin ci impone di spendere ancora qualche parola sulla tesi del moralismo giuridico onde evidenziare, nelle pagine che seguono, la sua fallacità agli occhi dello studioso liberale.

Secondo tale tesi, i comportamenti che possono essere definiti immorali sono quelli che ingenerano “*forti reazioni di intolleranza, indignazione e disgusto nel cittadino comune, nell’uomo della strada; tale reazione emotiva sarebbe l’indicatore che denuncia quali condotte minacciano la società*”⁴⁵.

Come è stato notato⁴⁶, la posizione di Devlin si presta a due diverse formulazioni in quanto risulta essere formulata in maniera ambigua. La prima è una tesi *moderata* (1), la seconda una per così dire *estrema* (2).

⁴⁴ Si veda sul punto FEINBERG J., *Harmless Wrongdoing*, cit., p. 141, nel quale si precisa, ad esempio in materia di condotte omosessuali, che la persona omosessuale non si trova ad aver precedentemente fatto alcun voto o giuramento per governare tutta la sua condotta in conformità con un irrazionale e spontaneo sentimento o opinione del suo vicino. Pertanto, l’analogia con le intenzioni sovversive non ha ragion d’essere.

E’ possibile aggiungere che un’altra aspra critica è stata mossa da Ronald Dworkin, il quale peraltro non ha obiezioni quanto all’impiego del diritto penale nel caso di un consenso morale genuino. Il punto tuttavia, nota Dworkin, è che quello che Devlin definisce come “*morale*” non è affatto un insieme di convinzioni morali vere e proprie relative a un giudizio qualificato, razionale e coerente, ma piuttosto un consenso basato su pregiudizi irrazionali.

Per approfondimenti si veda FEINBERG J., *Harmless Wrongdoing*, cit., pp. 142-143. Dworkin distingue infatti un’accezione di morale *antropologica* da una *discriminativa*. La prima è quella impiegata erroneamente da Devlin.

Ad ogni buon conto, la tesi merita, come nota Feinberg, una certa considerazione per superare l’*impasse* dovuta all’opportunità di incriminare determinati tipi di condotte. Si pensi al reato di bigamia. Secondo Feinberg è necessario che, dal punto di vista delle regole procedurali, queste siano giuste (*fair procedural rules*) anche perché il rispetto dei *liberty-limiting principles* attiene esso stesso a una giustificazione di carattere morale. Comunque, Feinberg precisa che “*it does not follow, however, from the fact that the only legitimate purposes of the criminal law are moral ones that any and all moral purposes are equally legitimate, or legitimate at all, as reasons for criminalization*”. Si veda op. cit., p. 151.

Sotto altro profilo, sulla risposta alle critiche mosse da Dworkin a Hart si veda HART H.L.A., *Il concetto di diritto*, (a cura di Cattaneo M.A.), Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 1961, il quale nel poscritto precisa che non vi sono connessioni concettuali necessarie tra il contenuto del diritto e la morale. Così vi possono essere diritti e doveri giuridici i quali non hanno nessuna identificazione o forza morale. Dworkin invece sostenendo che fosse necessario un fondamento a prima vista morale per affermare l’esistenza di diritti e doveri giuridici, compieva un’operazione, a parere di Hart errata. Per approfondimenti si veda op. cit., pp. 342 ss.

⁴⁵ FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, cit., p. 11.

⁴⁶ IBID., pp. 11 ss.

(1) Secondo la prima lettura, l'intervento penale è giustificato per impedire un danno alla società. Le condotte immorali, pertanto, non andrebbero sanzionate in quanto tali, ma perché socialmente dannose. Si pensi a quelle condotte che provocano la distrazione del cittadino da occupazioni utili per la società causate da condotte di "*depravazione sessuale*" o consumo di alcolici.

In questo senso, pertanto, i conservatori per primi fonderebbero la legittimazione del potere punitivo sulla causazione di un danno, con una presa di distanza dalle più tradizionali giustificazioni incentrate su ragioni moralistiche. La differenza rispetto al principio milliano però sta nel fatto che, secondo la visione conservatrice, il diritto penale ha la funzione di proteggere la società, concentrando l'attenzione sul concetto di danno *sociale* mentre, invece, la prospettiva liberale è caratterizzata da una visione più individualistica.

(2) In realtà, la tesi moderata non appare essere quella più rispondente al pensiero di Devlin⁴⁷. La tesi *estrema*, infatti, si incentra sulla sua nozione di società, la quale può essere definita come il luogo nel quale vi è una "*comunanza di idee politiche e morali senza le quali le persone non potrebbero vivere insieme*". La comunanza risiede dunque nella morale cristiana su cui anche la legge dovrebbe basarsi.

E' pertanto evidente il notevole distacco dalla posizione liberale di Mill che vede nell'eterogeneità delle idee e delle concezioni di vita il presupposto imprescindibile per il progresso⁴⁸.

I liberali, infatti, riconoscono che la legge deve proteggere quel *minimo* comune denominatore di valori su cui si fonda la convivenza civile, lasciando però il cittadino libero di orientare la propria condotta e la propria vita alla concezione che *egli* ritiene giusta⁴⁹.

Inoltre, la conferma del ragionamento profondamente illiberale del pensiero di Devlin si fonda sul fatto che la giustificazione esclusiva dell'intervento del legislatore sta nella reazione di intolleranza, indignazione e disgusto che quelle condotte provocano nell'uomo della strada, dovendosi escludere ogni altro elemento che ne dimostri l'effettiva dannosità.

⁴⁷ Si veda IBID., p. 12.

⁴⁸ IBID., p. 13.

⁴⁹ IBID., p. 13.

La teoria conservatrice di Lord Devlin è conosciuta, come è noto, come *disintegration thesis*. Di essa Feinberg discute ampiamente nel suo quarto volume *Harmless Wrongdoing* contrapponendo lo “*strict moralism*” alla “*conservative thesis*” o “*moral conservatism*”.

Per la verità Feinberg precisa che la categorizzazione del moralismo giuridico si divide in *pure* e *impure*, *broad* e *strict*⁵⁰. Evitando in questa sede di cedere ad un’analisi dettagliata che porterebbe più confusione in un tema già complesso e sarebbe poco utile ai nostri fini, è opportuno chiarire in poche righe cosa si intenda per *moral conservatism* (a) e *strict moralism* nella duplice accezione di *pure* e *impure strict moralism* (b) onde vagliarne l’applicazione pratica specie nell’ottica del dibattito tra Hart e Devlin.

(a) Secondo Hart la *conservative thesis*, che poi non è altro che il *moral conservatism* nelle pagine di Feinberg⁵¹, può essere definita come quella teoria che ritiene che sia moralmente legittimo preservare, attraverso lo strumento penale, il modo di vivere di una determinata società in special modo da cambiamenti radicali o essenziali.

La tesi lascia aperto il problema se la legittimazione dell’intervento penale risieda nel male che deriva intrinsecamente dai cambiamenti (dal loro *free-floating character*) o da qualche sua conseguenza accidentale. Molto spesso, spiega Feinberg⁵², la tesi conservatrice viene avvalorata dall’ausilio di un altro dei *liberty-limiting principles*, ecco perché in questo caso può essere definita come “*impure*”.

(b) Al contrario, gli *strict legal moralists* ritengono che la morale sia un bene da tutelare *di per sé*, non semplicemente perché questa svolge un ruolo centrale nel modo di vivere di un determinato gruppo sociale. La tesi in parola molto spesso si lega con una concezione retributiva della funzione della pena: non solo il diritto

⁵⁰ Queste accezioni risultano poi reciprocamente combinabili dando vita a quattro categorie generali: *pure legal moralist in the strict sense*, che vede tra i suoi esponenti Stephen; *pure moralism in the broad sense*, la quale può ricomprendere in una particolare accezione la tesi del *moral conservatism*; *impure moralism in the strict sense*, all’interno del quale è possibile ricondurre la teoria di Devlin; e, infine, *impure moralism in the broad sense*, rappresentato, ad esempio, dal *legal perfectionism*. Per approfondimenti si veda FEINBERG J., *The moral limits of criminal law*, cit., e, in particolare, il suo quarto volume *Harmless Wrongdoing*, p. 8.

⁵¹ FEINBERG J., *Harmless Wrongdoing*, cit., pp. 39 ss.

⁵² IBID., p. 43.

penale deve tutelare dalla commissione di comportamenti immorali, ma deve anche garantire che l'autore soffra il dolore della punizione penale⁵³.

La tesi dello *strict moralism* può essere suddivisa, come è noto, in una duplice accezione: *pure* o *impure*.

(b1) La prima accezione, di *pure strict moralism*, è relativamente rara e si può ritrovare per esempio in qualche passaggio di Stephen.

(b2) La seconda accezione, invece, è più frequentemente sposata dagli autori che fanno appello alle conseguenze indirette che sono determinate da quelle condotte immorali che apparentemente non provocano nessun danno (*harmless immoral behaviour*) e che hanno ripercussioni sul benessere collettivo (*public welfare*) e sulle sensibilità e interessi della persona umana (*human interests and sensibilities*)⁵⁴. In ogni caso tale accezione rientra nella tesi dello *strict moralism* poiché i mali fluttuanti (*free-floating evil*) sono comunque costituiti da condotte considerate immorali di per sé⁵⁵.

La *disintegration thesis* di Lord Devlin può essere collocata, sembra, all'interno di quelle teorie di *impure strict moralism*⁵⁶, nonostante, come precisato, non sembri facilmente collocabile nell'una o nell'altra accezione di moralismo (*broad* o *strict*), dato che possono esserne date letture diverse. Ad ogni buon conto, sebbene gli argomenti che utilizza siano generici e difficilmente inquadrabili nell'una o nell'altra categoria, la tesi di Devlin può essere collocata in via generale all'interno dell'area dello *strict moralism*.

Ciò che Devlin vuole dimostrare, usando le parole di Hart, è che “[the] society has a right to enforce its morality by law because the majority have the right to follow their own moral convictions that their moral environment is a thing of value to be defended from change”⁵⁷. In altre parole, la maggioranza ha il diritto di

⁵³ IBID., p. 125. Ecco dunque i tre principi fondamentali della teoria: “(1) true moral evils may rightly be prohibited by the criminal law even when they are free-floating; (2) some of the more serious true moral evils are free-floating; (3) it is an end in itself that moral wrongdoers, even when they misdeeds wrong no one, should be punished”.

⁵⁴ IBID., p. 133.

⁵⁵ Feinberg specifica, infatti che: “Immorality is free-floating for them in the sense that it would be an evil, even apart from its indirectly harmful consequences, which are themselves incidental and contingent and often not produced at all in individual cases”.

⁵⁶ Per approfondimenti sul punto si veda IBID., pp. 137 ss.

⁵⁷ HART H.L.A., *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 35, No. 1 [Autumn, 1967], 1, p. 2.

difendersi dal cambiamento sociale relativo a quei valori che la società stessa ritiene di dover seguire. Il cambiamento diventa così fucina di effetti negativi sulla società che la porta all'autodistruzione. La disintegrazione della società si realizza proprio quando non esiste una morale comune e, secondo l'ottica di Devlin, la storia dimostra che la perdita di morale è appunto il primo passo verso la *disintegration*⁵⁸.

Secondo Devlin, infatti, una completa separazione tra reato e peccato⁵⁹ non è auspicabile. L'idea, infatti, di una zona di morale privata, come sostenuta dal rapporto Wolfenden, è pericolosa per la società poiché è proprio la morale a fondarla, non essendo possibile rimpiazzare tale elemento fondativo con un altro senza che l'intero edificio sociale venga meno.

Devlin propone così tre domande in contrapposizione a quanto affermato nel rapporto Wolfenden. La prima concerne la possibilità che la società possa avere il diritto di giudicare su questioni morali (i); dando risposta positiva alla prima, ci si può chiedere se sia possibile per la società utilizzare lo strumento del diritto per giudicare su questioni morali (ii); infine, la terza domanda riguarda la questione se sia compito del diritto penale punire tutti i casi di immoralità o solo alcuni e, in tale ultimo caso, quali possano essere i principi in ausilio per discernere tra tali casi (iii).

(i) Feinberg⁶⁰ evidenzia come, a proposito di queste tre domande, la prima sia sostanzialmente mal posta. E' ovvio, infatti, che la società possa esprimere un giudizio in materia di morale, elemento questo che non può essere negato nemmeno da un *liberal*, ma il punto è capire quando quella questione riguarda un giudizio che deve rimanere privato. Un minimo di consenso morale serve in ogni caso alla società, anche nella visione liberale, questo non vuol dire però che debba esistere, in tema di morale, un consenso totale⁶¹.

(ii) La seconda delle domande è valsa a Devlin la fama di *legal moralist* attraverso la sua similitudine tra l'immoralità privata e il tradimento politico. La

⁵⁸ IBID., p. 3.

⁵⁹ Per "peccato" intende "*an action that violates the prevailing morality even if it causes no distress or harm to others*", cfr. FEIBERG J., *Harmless Wrongdoing*, cit., p. 134.

⁶⁰ IBID., pp. 135 ss.

⁶¹ IBID., p. 136. Feinberg specifica in maniera molto chiara che: "*A common morality is required, but Devlin has not shown that our common convictions about other-regarding morality (what Hart calls the moral minimum) will not do. We cannot live together without any agreement but it is not the sole alternative to no agreement that there be total agreement. The liberal view that a consensus is required on the moral minimum but not on the predominately self-regarding morality, has not been dented by Devlin's argument*".

società non ha solo il diritto di preservare il minimo morale *à la Hart*, ma ogni singola parte della morale prevalente. Devlin afferma che “*a recognized morality is as necessary to society as, say, a recognized government*” e continua dicendo che “*the suppression of vice is as much the law’s business as the suppression of subversive activities*”: non è infatti possibile definire un’area di morale privata così come non è possibile individuare un’area di attività sovversiva privata. La parola “*vice*” individua quella situazione nella quale il soggetto pone in essere atti contrari alla prevalente morale pubblica, anche quando l’atto è consensuale, senza la commissione di un danno, in presenza di una situazione di poco conto e, dunque, inoffensiva.

La definizione di morale pubblica risulta però problematica. Non si tratta infatti di una morale totalmente condivisa, elemento questo difficilmente rinvenibile nella società, ma di una morale condivisa da tutti gli uomini “*ragionevoli*”, l’uomo della strada (“*the man in the Clapham omnibus*”), “*the right-minded person*”⁶².

E’ in conclusione opportuno precisare che quando Devlin utilizza la nozione di *harm principle* lo fa senza fare riferimento a un danno diretto che l’atto immorale può causare alla vittima, ma a un danno sociale che si pensa possa indebolire il consenso morale contro quell’atto, con il paradosso che deve indebolire il consenso a che il fatto sia ingiusto (*wrong*), ma senza che vi sia un danno⁶³.

(iii) Quanto alla terza domanda, relativa cioè a quali casi di immoralità debbano essere oggetto del raggio di applicazione del diritto penale, Devlin non fa troppe distinzioni sul punto ritenendo che vi sia sempre una buona ragione per incriminare condotte immorali⁶⁴. Resta in ogni caso fermo che l’intervento penale

⁶² Tale criterio risulta comunque non poco problematico dato che, prendendo la similitudine che Devlin fa tra lo *standard* di consenso richiesto in un processo penale ad una giuria e quello richiesto per determinare se un dato orientamento morale è effettivamente prevalente, lo *standard* utilizzato in questo secondo caso potrebbe ben essere più elevato. FEINBERG J., op. cit., p. 137 precisa che Devlin individua quale *standard* per determinare quale sia l’orientamento morale maggioritario in una società negli stessi termini richiesti per lo *standard* di consenso che deve raggiungere una giuria nel processo: “*the moral judgement of society must be something about which any twelve men or women drawn at random might after discussion be expected to be unanimous*” e deve esserci del pari un autentico sentimento di riprovazione.

⁶³ IBID., p. 139.

⁶⁴ In ogni caso, all’agente devono essere garantiti i propri diritti che non possono essere calpestati dal legislatore penale: “*insofar as enforcement of the law would lead to widespread invasions of privacy, that too counts heavily against it*”. In altre parole, Devlin stesso considera il principio di libertà personale come rilevante, onde evitare troppo severe diminuzioni della libertà stessa.

risulta ammissibile quando la condotta fa sorgere il disgusto e l'indignazione dell'uomo comune, nonostante riguardi un atto consensuale tra adulti e privato⁶⁵.

Ebbene, alla luce di quanto detto è facilmente intuibile come sia necessario intendersi sul concetto di danno e sui suoi contenuti e limiti. Ecco perché l'opera di Feinberg risulta così rilevante nel panorama del dibattito sul *principle of harm*. Se il legislatore non sceglie di essere liberale, la nozione di danno può essere piegata con intenti moralistici. E' questa, come vedremo, una delle principali critiche mosse alla teoria del danno.

Riteniamo però, è opportuno anticiparlo, che tale critica non colga nel segno: ogni teoria sulla criminalizzazione presuppone una certa visione della società. Leggere il principio del danno assieme a una teoria aperta di democrazia, riteniamo, possa valorizzare il concetto di danno ad altri nella sua accezione forte.

Del resto, l'aspetto rilevante dal punto di vista *liberal* è che la criminalizzazione di una determinata condotta non deve essere solo dannosa, ma anche ingiusta. Vi sono infatti degli atti che sono moralmente ingiusti (*morally wrong*) ma che non provocano nessun male (*wrong*) poiché non violano i diritti di nessuno. Ecco perché dal punto di vista liberale, la mera immoralità non risulta essere un legittimo criterio di criminalizzazione. Il solo piano legittimo è la protezione di diritti morali (*moral rights*): Feinberg precisa infatti che “*for the liberal, the criminal law is not concerned with enforcing ‘morality as such’, but only with protecting the rights to others, that sector of morality I have called ‘grievance morality’*”⁶⁶.

2.2. Verso un liberalismo cauto: l'opera colossale di J. Feinberg.

La rigorosa formulazione milliana, così come descritta nel paragrafo che precede, ha indotto la dottrina successiva, non solo i sostenitori della tesi del

⁶⁵ FEIBERG J., *Harmless Wrongdoing*, cit., p. 140.

⁶⁶ IBID., pp. 153-154. Si ricorda, in proposito, che i *liberty-limiting principles* sono essi stessi criteri morali, che nulla hanno a che vedere però con la protezione della mera immoralità. Sul punto non è possibile qui soffermarsi, si rimanda pertanto alla lettura dell'op. cit.

moralismo giuridico ma anche quelli della tesi liberale, a individuarne aporie e insufficienze.

La monumentale opera di Feinberg sui limiti morali del diritto penale risulta ad oggi uno dei principali punti di riferimento in materia⁶⁷.

Come abbiamo avuto modo di evidenziare, Feinberg ha individuato, nella sua opera, quattro *liberty-limiting principles*⁶⁸: il principio del danno (*Harm to Others Principle*), della molestia (*Offence to Others Principle*), il paternalismo (*Legal Paternalism*) e il moralismo giuridico (*Legal Moralism*). I quattro principi appena menzionati sono volti, secondo tale ricostruzione, a rispondere alla domanda relativa a quali condotte possano essere legittimamente oggetto di una tutela penale.

Come vedremo, secondo Feinberg l'area del penalmente rilevante deve essere delimitata esclusivamente dal principio del danno e della molestia, non essendo ammissibili il paternalismo o il moralismo giuridico. E' comunque opportuno precisare che il filosofo statunitense non accoglie la posizione liberale estrema che vede nell'*harm principle* l'esclusivo criterio di delimitazione dell'area del penalmente rilevante. Al contrario di Mill⁶⁹, infatti, Feinberg comprende una definizione *positiva* e non solo negativa di ciò che deve essere incluso nell'area della tutela penale: oltre al danno questi include anche la nozione di *offence*. Allargando le

⁶⁷ cfr. PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 683.

⁶⁸ FEINBERG J., *Harm to Others*, cit., p. 10. Vale la pena riportare un passaggio interessante: "A liberty-limiting principle is one which states that a given type of consideration is always a morally relevant reason in support of penal legislation even if other reasons may in the circumstances outweigh it. So conceived, the diverse liberty-limiting principles proposed by various philosophers, while distinct and separate, are nonetheless not rivals. More than one, and even all of them, could be true. As formulated here they do not contradict one another".

Per un'interessante analisi del collegamento tra la teoria sui limiti morali del diritto penale e la funzione della pena si veda HARCOURT B.E., *Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between The Moral Limits of the Criminal Law and The Expressive Function of Punishment*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 5, 2002, 148. Secondo l'Autore tra le possibili interpretazioni riguardo al motivo di tale collegamento bisogna privilegiare quella per cui la ricostruzione dei limiti morali del diritto penale risulta fondamentale per elaborare una teoria della pena, a livello sostanziale. Così, la misura e il metodo utilizzato durante l'esercizio della funzione punitiva deriva dall'elaborazione teorica in tema di *moral e legal theory*, op. cit., p. 156. Secondo Feinberg, la funzione della pena ha anche una componente simbolica che non è presente in altri rami del diritto (*expressive function*), op. cit., p. 146. Infatti, la funzione della pena concerne un elemento descrittivo e uno normativo. L'elemento descrittivo risiede appunto nella dimensione "*expressive*", cioè di condanna morale mentre, invece, l'elemento normativo, meno noto, concerne il fatto che tale condanna morale deve essere calibrata sulla base dell'entità del danno generalmente causato dall'evento criminoso e dal grado in cui le persone sono disposte a commetterlo, collegandosi così al principio del danno milliano. Per approfondimenti si vedano le pp. 157 ss.

⁶⁹ DUFF R.A., *Harms and Wrongs*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 5(1), 2001, Oakland (CA, US), 13, p. 13.

maglie della tutela penale, inserisce però una serie di restrizioni all'applicazione del principio in parola, quali la serietà e l'irragionevolezza della molestia⁷⁰.

2.2.1. *Harm principle e offence principle come legittimi criteri di criminalizzazione.*

Come è noto, Feinberg è il primo degli studiosi anglo-americani a riempire di contenuto il concetto di *danno* mettendo in relazione tale nozione con gli altri tre principi *liberty-limiting*.

La nozione di danno elaborata da Feinberg risulta simile a quella di Mill, dato che include al suo interno tanto la sua effettiva commissione, quanto il pericolo di causazione dello stesso (*remote harm*), sul quale torneremo nei paragrafi che seguono.

Il danno assume le vesti di una nozione stringente dato che non risulta autosufficiente, ma reciprocamente integrata da una serie di criteri. Si pensi alla *magnitude of harm*, alla probabilità di causazione del danno, all'importanza *relativa* del danno e alla sua natura complessiva. Tali criteri comprendono anche quello di effettività e di costo-beneficio⁷¹.

In ogni caso, come è noto, non tutto ciò che peggiora la situazione di un soggetto può essere incluso nella nozione di danno. Non esiste, infatti, un interesse a sopportare situazioni sgradevoli e non ogni situazione sgradita (dolore, irritazione, disgusto) determina, in quanto tale, un arretramento di interessi, identificandosi così automaticamente con un danno.

Ecco allora che Feinberg distingue nettamente tra le esperienze che provocano dolore (*hurts*) ed esperienze che disturbano, recano noia (*offence*)⁷².

(A) All'interno della prima categoria possiamo comprendere le *sensazioni dolorose* come fitte, crampi e così via, e alcune forme di *sofferenza mentale*, come disperazione, rimorso, depressione, sentimenti feriti ecc. In tale categoria di

⁷⁰ Si veda sul punto PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., p. 9.

⁷¹ IBID., p. 8. L'Autore specifica, infatti, che: "Feinberg's formulation also includes some of the limiting principles, such as effectiveness and cost, later reprised and expanded by the so-called minimalist approach to criminal law".

⁷² FRANCOLINI G., *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, cit., p. 286.

comprendono anche quelle *sensazioni spiacevoli*, ma non dolorose come nausea, prurito, debolezza.

Ciò detto, siccome non esiste un interesse a non provare dolore, un ulteriore elemento che deve sussistere perché venga integrata la nozione di danno è che la *situazione dolorosa* provochi anche un *intralcio* agli interessi del soggetto⁷³. In altre parole, un dolore (*hurt*) può provocare un danno “*solo se è un sintomo di un danno precedente o concomitante di un diverso ordine (come il dolore ad un braccio può essere sintomo di una frattura) oppure se è in sé la causa di un danno conseguente (per es. un crollo mentale) di un altro ordine*”⁷⁴.

(B) Quanto all'*offence*, questa comprende quegli stati psichici indesiderati che, come vedremo, riguardano tutte le sensazioni mentali non dolorose (“*miscellany of universally disliked mental states and not merely that species of the wider genus that are offensive in a strict and proper sense*”⁷⁵) e, tuttavia, generalmente sgradite come disgusto, irritazione, turbamento della sensibilità, ansia, vergogna, imbarazzo, rabbia e così via⁷⁶.

Tali situazioni non possono essere considerate come causanti un danno, a meno che non siano il sintomo o la conseguenza di un danno precedente o concomitante oppure diano causa ad esso. Esse si realizzano quando lo stato mentale sgradito raggiunge un'intensità e una gravità tale da preoccupare chi li patisce al punto da impedirgli di attendere ai propri interessi.

2.2.1.1. La nozione di harm: setback of interests e wrong.

⁷³ IBID., p. 286.

⁷⁴ IBID., p. 287. Si veda anche FEINBERG J., *Harm to Others*, cit., p. 48. Questa conclusione induce Feinberg a individuare un'eccezione alla regola. Il correttivo consiste infatti in ciò: se non esiste un interesse generale a evitare il dolore, si ammette l'esistenza di un interesse ad evitare esperienze intensamente dolorose tali da incidere sull'interesse in parola ponendo il soggetto in una “*situazione danneggiata*” o di danno (*harmed condition*). In tal caso il principio a tutela di tali situazioni è direttamente l'*harm principle* senza necessità di invocare diversi principi. Si veda FRANCOLINI G., *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, cit., p. 287. L'Autore specifica che “*non è chiaro, tuttavia, in quale delle categorie sopra elencate dovrebbe collocarsi l'interesse: infatti Feinberg, nel momento stesso in cui lo definisce di natura 'non del tutto strumentale', puntualizza che non si tratterebbe di un vero e proprio scopo ultimo (focal aim). Immediatamente, però, egli parla di un ulterior interest a non sopportare la tortura [...] e poco più innanzi definisce non l'assenza di ogni sofferenza, bensì solo di quella incapacitante (e dunque dannosa), un welfare interest generalmente condiviso*”.

⁷⁵ FEINBERG J., *Offense to Others*, cit., p. 1.

⁷⁶ FRANCOLINI G., *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, cit., p. 287.

Esaminiamo dunque più nel dettaglio la nozione che sta alla base del principio del danno.

To harm significa “*wrongly to set back interest*”.

La nozione comprende dunque due elementi che, pur rimanendo concettualmente separati, reciprocamente si integrano nel definire il concetto di danno. Si tratta di: “(1) *harm as setback of interests (in particular, as concerns the harm principle, to welfare interests)*”, il quale comporta una definizione “*non-normativa*”, e “(2) *harm as wrong to another person*”⁷⁷, che concerne una definizione “*normativa*”.

(1) La definizione *non normativa* che include nel concetto di danno un arretramento di interessi (*setback of interests*), dà un’immagine approssimativa: l’interesse arretra perché colpito nella sua sostanza, anche transitoriamente, potendo essere inclusi in tale definizione anche gli interessi pubblici⁷⁸.

(2) La nozione *normativa*, invece, spiega il concetto di *harm*, giuridicamente, come un danno causato *ingiustamente (wrong)*⁷⁹. Il danno che viene, pertanto, in rilievo è quello causato *wrongly* e cioè *ingiustamente* con una *violazione di un diritto* del titolare dell’interesse violato. Il principio in questione concerne pertanto il fatto che A non può cagionare un danno a B, a meno che non esista il consenso di B, essendo quest’ultima situazione un’eccezione alla regola generale. L’esistenza dell’ingiustizia del danno dipende, infatti, anche dalla mancanza del consenso e in particolare dalla massima *volenti non fit iniuria* che Feinberg stesso utilizza⁸⁰. Così, “*only setbacks of interests that are wrongs, and wrongs that are setbacks to interest, are to count as harms in the appropriate sense*”⁸¹. Sotto questo secondo aspetto, si tratta pertanto di chiarire *quali* possano essere i diritti di cui ciascuno possa invocare la protezione statale dalle interferenze altrui, anche tramite la pena.

Analizziamo dunque i due segmenti che compongono la nozione di danno.

⁷⁷ DUFF R.A., *Harms and Wrongs*, cit., p. 17.

⁷⁸ PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 683.

⁷⁹ PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., p. 7.

⁸⁰ PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 683.

⁸¹ FEINBERG J., *The Moral Limits of Criminal Law*, cit., in particolare si veda il secondo volume, *Offense to Others*, p. 36.

(A) La prima parte della definizione di danno comprende, dunque, l'arretramento di interessi. E', pertanto, opportuno chiarire che cosa si intenda con il concetto di *interesse*.

Per *interessi* si intendono *tutte quelle cose su cui ha puntato una persona e che rappresentano gli elementi del suo benessere*. L'interesse generale di una persona è rappresentato dall'armonioso progresso di tutte queste *res*⁸².

Tali interessi possono essere classificati secondo un criterio di *ulteriority*, cioè secondo un'elencazione che muove dai desideri meno importanti a quelli più importanti⁸³. Per questo la nozione di interesse viene definita come *want-regarding*, cioè fondata sulla volontà e sui desideri della persona, dovendosi invece la teoria degli interessi *ideal-regarding* definire come quella situazione in presenza della quale essi vengono individuati sulla base di ciò che sarebbe meglio per le persone nonostante la loro volontà⁸⁴.

Esamineremo dunque le caratteristiche della nozione e la tipologia degli interessi, per verificare poi quando si realizza una situazione di arretramento degli stessi.

(A1) Vediamo pertanto le caratteristiche della nozione di *interest*.

In primo luogo, dato che gli interessi di un individuo si realizzano nelle situazioni sulle quali egli ha "*puntato*" (*stake*), queste devono essere legate alla sua volontà, anche se ovviamente vanno esclusi dalla nozione i c.d. desideri passeggeri (*passing desires* o *passing wants*) e cioè quegli interessi instabili e di durata minima tali da non poter essere ricompresi in un autentico desiderio di realizzazione da parte del soggetto.

In secondo luogo, e di conseguenza, non è sufficiente un mero desiderio ma, piuttosto, la realizzazione di un risultato *esterno* alla persona. Pertanto, il mero disappunto o la mera frustrazione non possono qualificarsi come danno, così come lo stato mentale di soddisfazione non corrisponde alla realizzazione di un interesse⁸⁵.

⁸² FRANCOLINI G., *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2008, 276, p. 283.

⁸³ IBID., p. 283.

⁸⁴ Si veda *funditus*, IBID., p. 283. L'Autore cita in proposito il lavoro di BARRY B., *Political Argument*, Humanities Press, London, 1965, 183.

⁸⁵ FRANCOLINI G., *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, cit., p. 284. L'Autore riporta la distinzione, richiamata dallo stesso Feinberg ad altri fini, di ROSS D., *Foundaton of Ethics*, The Clarendon Press, Oxford, 1939, 300, tra il soddisfacimento di un desiderio

In terzo luogo, comprendendo la nozione di interesse un risultato esterno conseguibile da parte del soggetto, il desiderio deve avere ad oggetto speranze e aspettative *realistiche* passibili di essere promosse mediante sforzi umani da parte del soggetto agente. Gli oggetti del desiderio devono essere *voluti*, almeno in parte, *di per sé stessi* e non come mezzo per l'avanzamento di altri interessi.

Infine, non può costituire *interest* la realizzazione del proprio bene supremo, e dunque, in altre parole, della propria felicità, a meno di non correre il rischio di procedere con un ragionamento tautologico: si ammetterebbe, infatti, si scusi il bisticcio, di avere interesse alla realizzazione del proprio interesse supremo ottenuto mediante la realizzazione di tanti altri piccoli interessi che nell'ottica di Feinberg sono invece veri e propri interessi alla cui tutela l'ordinamento deve impegnarsi⁸⁶.

In sintesi, gli *interests* tutelabili sono quelli che si collocano a metà strada tra i desideri passeggeri e il raggiungimento della felicità.

(A2) Esaminate le principali caratteristiche che devono gli *interessi*, vediamo quali *tipologie* sono ammesse nella teoria di Feinberg.

Si tratta, in prima battuta, di desideri definibili come strumentali (*instrumental wants*) che tendono a realizzare interessi generali e stabili.

In seconda battuta, si comprende nella nozione di interesse tutti quei mezzi minimi indispensabili per raggiungere gli obiettivi più elevati, che non comprendono però in sé, come abbiamo detto, le massime aspirazioni. Si tratta dei *welfare interests*⁸⁷ che si caratterizzano, da un lato, per il loro carattere *minimo*, avendo ad oggetto le condizioni necessarie ma non sufficienti alla realizzazione del fine cui si aspira; dall'altro, per il loro carattere *strumentale* poiché riguardano i requisiti basilari per il benessere dell'uomo. Si pensi all'interesse a una durata accettabile della propria vita, a un livello minimo di salute fisica e mentale, alle capacità di intrattenere ordinari rapporti sociali, a un minimo di sicurezza economica, a un ambiente sufficientemente salubre e a un adeguato spazio di libertà da interferenze e coercizione. In ogni caso, è opportuno notare che si tratta di interessi la cui esistenza

(*want-fulfillment*) ossia il venire in essere di ciò che si è desiderato e la sensazione di soddisfazione che, spesso, ma non necessariamente, ne consegue (*want-satisfaction*).

⁸⁶ FRANCOLINI G., *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, cit., p. 284.

⁸⁷ IBID., p. 284. Si veda anche FEINBERG J., *Harm to others*, cit., p. 57.

*può prescindere dalla volontà del titolare*⁸⁸. Essi sono pertanto il cuore della tutela penale, una loro compromissione comporta una diminuzione del benessere complessivo della persona⁸⁹.

L'ultima classe di interessi è rappresentata dalle aspirazioni più elevate, comunque realizzabili, della persona (*ulterior interest*) tanto di natura economica o politica, quanto di natura personale, sia che siano orientate allo stesso individuo o alla generalità dei soggetti. Questi possono essere l'estensione dei *welfare interest*, ma è necessaria, per la loro esistenza, la volontà del suo titolare. Si tratta di interessi che sono dotati di valore intrinseco e non interamente strumentale, anche se la loro realizzazione comporta un beneficio per l'intera rete di interessi della persona. Ecco perché Feinberg li chiama scopi focali (*focal aims*)⁹⁰.

Tale catalogo, può fornire al giurista continentale, abituato all'impiego frequente di beni giudici a carattere superindividuale, l'impressione che l'*harm principle*, nella sua elaborazione feinberghiana, sia da ascrivere a quella visione individualistica che caratterizza spesso la teoria liberale⁹¹. Infatti, Feinberg mette in guardia dal concetto di interesse pubblico (*public interest*) evidenziandone la vaghezza e non agevole applicazione in quanto è meno ovvia la soluzione da adottare in tali ipotesi.

Nonostante il suo scetticismo, Feinberg dà conto della presenza di tale categoria di interessi, distinguendo tra quelli che costituiscono aspetti fondamentali del *welfare* del singolo consociato (si pensi alla pace pubblica, alla sicurezza, alla salute e così via), la cui aggressione rappresenta un danno all'individuo, ma che essendo generalmente condivisi, vengono riferiti alla comunità; da quelli derivanti dall'esercizio del potere statale, da attribuire non tanto alla comunità ma più direttamente allo Stato come, ad esempio, la riscossione dei tributi. In questi casi,

⁸⁸ FRANCOLINI G., *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, cit., p. 285.

⁸⁹ IBID., p. 285. L'Autore cita, ad esempio, il fatto che chi subisce una grave malattia non può essere compensato da un elevato potere economico, così come la buona salute non può compensare la totale assenza di libertà.

⁹⁰ IBID., p. 285.

⁹¹ Così nota efficacemente FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 100.

nonostante non si possa individuare un danno diretto ai cittadini, la generalizzazione della condotta comporterebbe comunque un grave pregiudizio⁹².

Feinberg riconosce così grande rilevanza a tale categoria e la fa rientrare all'interno del concetto di danno ad altri, dato che tali interessi rivestono il massimo grado di importanza per la vita delle persone⁹³.

Risulta allora interessante notare che la teoria di Feinberg attribuisce rilevanza ai *cittadini* che stanno dietro quell'interesse definito come pubblico, e che probabilmente la distinzione rispetto al concetto di bene giuridico superindividuale risiede nel minore o maggiore grado di astrazione⁹⁴. Ma se così stanno le cose non è questo il profilo su cui basare la distinzione tra la teoria continentale e quella anglo-americana. Al contrario la minor astrazione anglo-americana consente una visione più analitica capace di meglio individuare *cosa* stia dietro un interesse pubblico⁹⁵.

Del pari, questo aspetto non segna la distanza tra la visione conservatrice e liberale del diritto penale, giocandosi essa sul piano delle ragioni e dei valori che devono prevalere nelle scelte di penalizzazione. Il concetto di danno sociale è stato infatti impiegato in chiave espansiva del diritto penale anche nell'ambiente giuridico di *common law* (si ricorderà in proposito la visione di Devlin). La distinzione tra le due posizioni si gioca pertanto sul concetto di danno e *non sull'attributo sociale*⁹⁶.

(A3) Individuati gli interessi che possono essere considerati rilevanti, è opportuno analizzare *quando* si realizza una situazione di arretramento degli stessi e, dunque, quando la condotta possa essere considerata dannosa.

Questa situazione si verifica fondamentalmente quando si realizza un indebolimento dell'interesse (*impairment*). In particolare, si tratta in primo luogo di un arretramento dell'interesse verso la sua posizione iniziale di partenza (*to set back*); in secondo luogo, può trattarsi di un annientamento dello stesso (*to defeat*); in terzo luogo, può verificarsi una frustrazione dell'interesse, tale da impedirne il progresso senza però determinarne l'arretramento (*to thwart*); e, infine,

⁹² Queste condotte costituiscono una minaccia di un danno e, nell'esperienza anglo-americana, danno vita ai reati c.d. impersonali. Si veda FRANCOLINI G., *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, cit., p. 289.

⁹³ Interessante sul punto, FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, cit., p. 103.

⁹⁴ In termini IBID., p. 104.

⁹⁵ IBID., p. 105.

⁹⁶ IBID., p. 106.

l'indebolimento può realizzarsi attraverso un ritardo o un rallentamento nell'avanzamento dell'interesse stesso (*to impede*)⁹⁷.

Il concetto di danno è pertanto un *concetto di relazione* che si trova a dover essere definito rispetto a una situazione precedente alla verifica del danno.

A questo punto, è opportuno precisare che non tutti gli interessi sono suscettibili di essere protetti dal diritto⁹⁸.

(B) Come abbiamo chiarito in precedenza la nozione di danno si compone dell'*arretramento degli interessi* e della *violazione del diritto causata ingiustamente* (*wrong*). Analizziamo dunque il profilo costituito appunto dal concetto di *wrong*.

Ai fini dell'integrazione del *principle of harm*, non ogni arretramento di interessi è in grado di legittimare la coercizione penale: il danno deve essere inflitto *wrongfully*.

In particolare deve avvenire in *violazione di un diritto* della persona che patisce il pregiudizio, e la condotta deve essere "*moralmente indifendibile*", *contra ius* in quanto realizzato in assenza di scusanti o giustificazioni⁹⁹.

La nozione di danno è pertanto *più ristretta* di quanto si possa pensare a una prima lettura.

La condotta deve essere sorretta poi dall'elemento psicologico, nella terminologia di *common law* dalla *mens rea*, dovendo essere realizzato con *intention*, *recklessness* o colpa (*negligence*)¹⁰⁰. Peraltro, Feinberg esclude apertamente la

⁹⁷ FRANCOLINI G., *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, cit., p. 288. La situazione di danno si può verificare anche quando il titolare dell'interesse comprende solo successivamente che tale situazione si è verificata.

⁹⁸ Se si pensa alle caratteristiche degli *ulterior interests* si comprende come possa essere piuttosto complessa una loro tutela diretta in assenza dell'intermediazione dei *welfare interests*. Come potrebbe essere possibile, infatti, tutelare l'interesse a pervenire a una scoperta scientifica? In molte di queste situazioni, specie se si tratta di valutazioni discrezionali, si realizzerebbe un'inammissibile ingerenza sulla libertà altrui.

A ben vedere, una tutela diretta potrebbe essere raggiunta esclusivamente per gli *ulterior interests* che costituiscano uno sviluppo dei *welfare interests*. In tali casi, non si provocherebbe, infatti, un'inammissibile intromissione nella libertà altrui, venendo intaccato piuttosto l'interesse alla libertà e la sicurezza della persona che li patisce. A essere colpiti sono pertanto i *welfare interests*. Altrimenti opinando, si giungerebbe a ricostruire una tutela penale graduata a seconda della gravità del pregiudizio, senza dubbio di difficile realizzazione. Feinberg sul punto fa un utile esempio chiarendo come le norme sul furto non proteggono certo solo il povero, ma anche il milionario. Si veda IBID., p. 289.

⁹⁹ FEINBERG J., *Harm to Others*, cit., p. 106. Sul punto si veda anche FRANCOLINI G., *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, cit., p. 290.

¹⁰⁰ L'elemento psicologico nella terminologia di *common law* comprende la *knowledge*, l'*intention*, la *recklessness*, la *negligence*.

responsabilità oggettiva (*strict liability*) dalle forme di *mens rea* compatibili con il *principle of harm*, poiché il danno causato sarebbe rimproverabile solo attraverso una *fiction*¹⁰¹.

(B1) Quanto alla definizione di ciò che può essere definito come *diritto* rilevante ai fini della nozione di danno, è opportuno in via preliminare chiarire che Feinberg, ricercando i limiti *morali* al diritto penale, rifiuta di percorrere tanto la via del diritto positivo quanto quella del diritto naturale¹⁰².

I limiti al diritto penale devono essere infatti “moralì”, nel senso che non possono essere tautologicamente individuati all’interno della legge, né all’interno della morale intesa in senso giusnaturalistico, ma all’esterno di esse.

Feinberg elabora così una terza via: il *diritto* che può essere oggetto di protezione deve essere dotato di un supporto razionale perché in linea teorica tutti gli interessi possono costituire una valida pretesa. L’unica eccezione è rappresentata dagli interessi malvagi, malati, crudeli, morbosi e così via enumerando¹⁰³.

(B2) Quanto poi alla nozione di *indifendibilità morale*, si fa riferimento alla riprovevolezza dell’azione o omissione che determina il danno.

Feinberg chiarisce che in presenza di *defenses*¹⁰⁴ viene meno il concetto di *wrong*. In tali casi, infatti non vi è colpa (*fault*) dell’agente e dunque non può essere ammissibile una limitazione della libertà.

Il *wrong* gioca pertanto un ruolo centrale: esclude dall’*harm principle* sia le condotte autolesive, sia quelle commesse con il consenso dell’interessato. In tale ultimo caso, infatti, pur ricorrendo l’elemento dell’*arretramento degli interessi*, è l’antigiuridicità a non essere presente¹⁰⁵.

¹⁰¹ FRANCOLINI G., *L’harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, cit., p. 291.

¹⁰² FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, cit., p. 16.

¹⁰³ IBID., p. 17.

¹⁰⁴ FRANCOLINI G., *L’harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, cit., p. 292. L’Autore evidenzia come la categoria delle *defenses* comprenda sia le *excuses*, “dizione eterogenea che racchiude non solo quei fattori la cui presenza fa venir meno la colpevolezza (errore, ignoranza scusabile, minore età, infermità mentale) ma anche istituti che il giurista continentale collocherebbe tra le scriminanti (*duress*); sia le *justifications*, che corrispondono alle nostre cause di giustificazione ed elidono l’antigiuridicità del fatto pregiudizievole (legittima difesa, stato di necessità)”. Sul punto si vedano le considerazioni di DUFF R.A., *Harms and Wrongs*, cit., pp. 18 ss.

¹⁰⁵ FRANCOLINI G., *L’harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, cit., p. 293. Si è, infatti, specificato che “il consenso rappresenta, in realtà, una rinuncia al proprio diritto e così esclude che ricorra qualsivoglia violazione di esso e che possa parlarsi di condotta

2.2.1.2. *Le valutazioni del legislatore sul concetto di harm: le cc.dd. massime di mediazione.*

La nozione di danno, per funzionare, necessita anche delle c.d. “*massime di mediazione*” che si risolvono in valutazioni morali da parte del legislatore.

Infatti, secondo Feinberg, il legislatore non deve solo decidere *se* utilizzare il principio del danno, ma anche *come* utilizzarlo.

Le soluzioni a questi problemi non possono essere ricercate nel solo concetto di *harm principle*, ma richiedono l'ausilio di altri principi supplementari, alcuni dei quali rappresentano “*controversial moral decisions and maxims of justice*”. Il filosofo statunitense chiarisce, infatti, che “*I shall use the term ‘mediating maxim’ as an umbrella term for further specifications of meaning (in this case of the term ‘harm’), for guides to the application of a liberty-limiting principle in practical contexts*”¹⁰⁶.

Le massime di mediazione possono suddividersi a seconda che queste facciano riferimento all'arretramento degli interessi (*harm*) o al *wrong*. In ogni caso, esse si basano su valutazioni *standard*, dovendo essere protetti alla stessa maniera sia coloro che sono meno esposti a lesioni, rispetto alla generalità, sia quei soggetti che sono, viceversa, più vulnerabili¹⁰⁷.

(A) Le massime che si riferiscono al concetto di arretramento di interessi si basano sull'*entità* del danno e sulla *probabilità* che esso si verifichi¹⁰⁸.

In primo luogo, in ossequio al principio *de minimis non curat lex*, l'interferenza statale è ammessa qualora il danno non abbia una portata minima¹⁰⁹.

ingiusta; e, come si è detto in più occasioni, in assenza del *wrong* non ricorre l'*harm* in senso stretto che legittima la coercizione penale”. L'unico modo per riconoscere come legittimo l'intervento dello Stato in tali situazioni è quello di riconoscere cittadinanza al paternalismo giuridico.

¹⁰⁶ FEINBERG J., *Harm to Others*, cit., p. 187.

¹⁰⁷ FRANCOLINI G., *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, cit., p. 294.

¹⁰⁸ IBID., p. 294.

¹⁰⁹ IBID., pp. 294-295. Ma ciò non basta: “*la massima in discorso deve essere emendata in maniera conforme a giustizia, nel senso di dare maggiore rilevanza alla persona che patisce un pregiudizio dall'agire contra ius altrui: pertanto, è moralmente legittima una norma penale che elevi a reato un fatto che danneggia gli interessi di un altro soggetto anche quando il progresso degli interessi di chi lo pone in essere sia maggiore del danno arrecato*”.

Lo strumento penale, spesso grossolano, potrebbe comportare una compromissione del principio di colpevolezza (*guilt*)¹¹⁰.

A questo punto, il legislatore deve concentrarsi sulla probabilità che il danno si verifichi. Infatti, più è elevata la gravità del danno, meno elevata deve essere la probabilità che il pregiudizio si verifichi. Ovviamente, però, tanto più utile è la condotta a livello sociale, quanto maggiore è il rischio che può essere tollerato.

(B) Per quanto concerne, invece, le massime relative al *wrong*, è il legislatore a dover individuare una gerarchia di interessi, in presenza di pretese reciprocamente incompatibili¹¹¹. Feinberg pertanto elabora una serie di “consigli” per il legislatore, ma è questi a restare titolare esclusivo del potere di scegliere la gerarchia degli interessi in conflitto, non potendo lo studioso vincolarlo mediante una ricetta o una formula matematica che consenta di pesare gli interessi umani¹¹².

La prima massima, che può apparire scontata, consiglia al legislatore di preferire, *ceteris paribus*, l’impedimento dell’effettivo pregiudizio di un interesse rispetto all’ipotetico arretramento di un altro; nonché di preferire l’impedimento del totale pregiudizio di un interesse rispetto al parziale arretramento di un altro. Quando poi gli interessi sono di tipo diverso e la loro violazione li pregiudicherebbe in egual misura, il legislatore dovrà individuare quello più importante e dunque quello che dovrà prevalere¹¹³.

Un secondo elemento consiste nel considerare il grado in cui gli interessi in gioco sono avvalorati da altri interessi, siano essi pubblici o privati. Talvolta, infatti, gli interessi principali coinvolgono anche interessi distinti facenti capo ad altri titolari. In tali casi il legislatore non potrà trascurare questo aspetto nello scegliere l’interesse principale che deve prevalere¹¹⁴.

Un ulteriore fattore è dato dall’“*intrinseca qualità morale*” degli interessi. Tale ultimo indice potrà essere utilizzato solo in casi estremi, quando cioè siano

¹¹⁰ IBID., p. 295.

¹¹¹ FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, cit., p. 18.

¹¹² Si veda *funditus* FRANCOLINI G., *L’harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, cit., p. 297. Si veda anche FEINBERG J., *Harm to Others*, cit., p. 205.

¹¹³ FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, cit., p. 132.

¹¹⁴ IBID., p. 132.

coinvolti interessi morbosi, malvagi, ecc. e, allorché, esista un consenso diffuso tra persone ragionevoli.

Inoltre, si deve tener conto del generale *favor libertatis* che regola la materia penale, dovendo la limitazione della libertà essere giustificata solo qualora sia funzionale all'impedimento di un maggior danno che le vittime subirebbero dalla condotta vietata¹¹⁵.

Un'ulteriore comparazione poi deve essere effettuata quando ci si trova di fronte agli interessi in competizione (*competitive interests*). Vi sono, infatti, circostanze in cui il conflitto di situazioni soggettive è inevitabile. Si tratta di situazioni in presenza delle quali la realizzazione di un interesse può verificarsi solo a spese di un contrastante interesse. In tali ipotesi lo Stato dovrà limitarsi a garantire il regolare svolgimento delle competizioni legittime, proibendo le condotte scorrette. In queste ipotesi, l'arretramento di un interesse altrui al fine di realizzare il proprio non rappresenterà un *wrong*, a meno che non sia stato frutto di una competizione moralmente illegittima o inflitto in maniera scorretta. Ebbene, non potranno ritenersi tali le forme di conflitto inevitabili né quelle per cui i contendenti abbiano prestato libero consenso¹¹⁶.

2.2.1.3. La nozione di offence: l'affront to sensibility e le cc.dd. massime di mediazione.

¹¹⁵ Per approfondimenti, specie sulla quantificazione del danno alla libertà che risulta ammissibile si veda IBID., pp. 133-134.

¹¹⁶ IBID., p. 135. In ogni caso, neppure un valido consenso potrà espungere dall'ambito applicativo dell'*harm principle* le condotte dannose per i terzi estranei alla competizione o dannose per il pubblico interesse.

E' utile dunque tornare sul concetto di pubblico interesse che, come è facilmente intuibile, pone due ordini di problemi (si veda sul punto IBID., pp. 299 ss.). In primo luogo, si tratta di un problema di definizione: così, il pubblico interesse può essere definito come "*l'insieme degli specifici interessi del medesimo tipo posseduti da un numero vasto e indefinito di soggetti privati*". Il secondo profilo problematico si colloca, invece, sul piano empirico, e concerne il grado di pregiudizio all'interesse pubblico che può essere richiesto in caso di un comportamento che offende solo la sfera di soggetti che hanno prestato il loro consenso. Per la verità, a questa domanda Feinberg non risponde: sarà dunque il legislatore a dover stabilire l'entità del danno, basandosi sulla migliore conoscenza empirica, verificando con quanta frequenza l'interesse pubblico è leso o messo in pericolo.

La regola suggerita da Feinberg patisce un'eccezione che costituisce essa stessa una massima di mediazione. Vi sono casi in cui la condotta è conforme all'interesse dei cittadini, ma è allo stesso tempo lesiva del pubblico interesse qualora venga posta in essere in maniera generalizzata. In questi casi, anche se la singola condotta non raggiunge la soglia della dannosità, essa è tale perché solo alcuni "virtuosi" sopportano il sacrificio per tutti. Pertanto, ragioni di giustizia imporrebbero di emendare l'*harm principle* e di ritenere ugualmente giustificata l'incriminazione.

L'*Offence Principle*, nella teoria di Feinberg, viene ricostruito quale legittimo criterio di criminalizzazione, oltre a quello del danno¹¹⁷. Esso riempie l'ambito definibile come *Affront to Sensibility*, e cioè quello della molestia o del disturbo ai sentimenti¹¹⁸.

Come è noto, lo studioso continentale non deve confondere il termine *offence* con l'"offesa". Quest'ultima, nel nostro ordinamento ha un ben preciso significato giuridico profondamente legato al principio di offensività.

Volendo tradurre tale termine, pertanto, è opportuno accogliere la nozione di molestia o disturbo, che meglio coglie le caratteristiche di tale categoria.

Il contenuto dell'*offence* attiene principalmente alle sensibilità relative alla sfera religiosa e a quella morale, all'onore personale, alla sfera emotiva più corporea (disturbo materiale, disgusto, vergogna). Le condizioni che giustificano una reazione penale in tale ambito sono pertanto soggette a un peculiare bilanciamento di interessi che considera in particolare l'effettiva percezione del fatto da parte di terzi, la possibilità di sottrarsi facilmente all'offesa, la pubblicità del luogo e così via enumerando.

Feinberg, in ogni caso, non intende riferirsi, è opportuno precisarlo, alla mera tutela di sentimenti o di stati soggettivi psicologici *in quanto tali*.

All'interno dell'*offence principle* si comprende, pertanto, tutta quella serie di atti che sono meno invasivi di una lesione fisica o psichica (*injury*) o di un *harm* e che, comunque, possono fungere da valido parametro per le scelte di criminalizzazione da parte del legislatore.

A differenza dell'*harm* che, come abbiamo chiarito, produce un arretramento di interessi di una persona sui quali la persona può "*legittimamente 'scommettere' o*

¹¹⁷ Si veda DONINI M., "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law* (a cura di Cadoppi A.), Giuffrè, Milano, 2010, p. 66.

Si veda, in particolare, FEINBERG J., *Offense to Others*, cit., p. 1 afferma che: "If the law is justified, then, in using its coercive methods to protect people from mere offense, it must be by virtue of a separate and distinct legitimizing principle, which we can label 'the offense principle' and formulate as follows: It is always a good reason in support of a proposed criminal prohibition that it would probably be an effective way of preventing serious offense (as opposed to injury or harm) to persons other than the actor, and that it is probably a necessary means to that end (i.e., there is probably no other means that is equally effective at no greater cost to other values). The principle asserts, in effect, that the prevention of offensive conduct is properly the state's business".

¹¹⁸ PULITANO D., *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 683.

vantare aspettative ('in which one has a stake')"¹¹⁹, l'*offence* concerne una tipologia di fatti idonea a produrre molestie di tipo pubblico o che aggrediscono diritti comuni a tutti i cittadini (*public* o *common nuisance*).

I fatti rientranti all'interno dell'ambito di operatività dell'*offence principle* sono, pertanto, le *public nuisance*, ossia quelle azioni non dannose che recano molestia, disturbo a qualunque membro della comunità che si imbatte con esse, quando sono commesse in luoghi destinati alla fruizione da parte di tutti¹²⁰. L'elemento della pubblicità della condotta risulta essere il criterio discriminante che fa rientrare la condotta offensiva di un "sentimento" all'interno dell'area della tutela penale.

Sotto questo profilo, il filosofo statunitense segue l'intuizione di Mill attinente alla distinzione tra la sfera attinente al singolo e alla comunità, facendo compiere all'elaborazione liberale un decisivo passo in avanti¹²¹.

Il primo dato peculiare delle *nuisances* è il loro carattere non dannoso. Difetta infatti l'interesse da aggredire – presente invece nell'*harm principle* che impone che vi sia un arretramento di interessi. In tali casi non sussiste, infatti, un interesse indipendente, non strumentale a non essere molestati. Ciononostante, alle sensazioni sgradevoli non ci si può sottrarre senza un irragionevole disturbo, senza una "*scomoda deviazione dalla propria via*"¹²². E' tale incomodo che si ritiene ingiusto (*unfair*).

Si tratta in particolare di situazioni di disturbo, fastidio, imbarazzo, dispiacere, umiliazione, spavento, ansia, disagio, disgusto, nausea, ribrezzo e così via, "*in connessione con odori, condotte antigigieniche o indecenti in pubblico, manifestazioni aggressive mediante immagini, tatuaggi o scritte espressione di violenza, esibizione di oggetti atti ad offendere accompagnate da vicinanze fisiche*

¹¹⁹ DONINI M., "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, cit., p. 67.

¹²⁰ FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, cit., p. 208. Su tale piano risulta particolarmente problematica la scelta di Feinberg di non far ricorso a una massima di mediazione assoluta che risulterebbe essere la ragionevolezza dello stato mentale di *offence*. Se tale scelta va condivisa perché scongiura dall'utilizzo di concezioni giusnaturalistiche, essa si presta al rischio di una dittatura della maggioranza. Perché funzioni il bilanciamento, pertanto, il legislatore deve essere liberale e operare di conseguenza.

¹²¹ IBID., p. 227.

¹²² FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, cit., p. 178.

prevaricatorie e indesiderate, turpiloquio, costrizione all'ascolto di conversazioni orripilanti, o di musica altissima o sgradevole, ad assistere a comportamenti sessuali espliciti di vario genere in pubblico, esibizione di scritte razziste, antiumanitarie, antireligiose,"¹²³ ecc.

L'elencazione, che può apparire ridondante, è, in realtà, quanto mai utile per comprendere con una certa precisione il significato dell'*offence principle*, estraneo alla nostra tradizione continentale, che segna con particolare veemenza la distanza tra il nostro sistema e quello di *common law*.

Con questo non si vuole certo affermare che talune condotte rientranti nel concetto di *offence* non siano penalmente rilevanti anche nel nostro ordinamento sulla base del principio di offensività. Quello che preme però evidenziare è la peculiarità della terminologia e la varietà delle situazioni che vengono comprese in tale concetto, specie rispetto a ciò che siamo abituati a considerare con la terminologia propria del nostro sistema di *civil law*.

Come il concetto di *harm*, anche il concetto di *offence* è caratterizzato da un duplice elemento. Da un lato, e in un'accezione normativa generale, essa è intesa come "*any or all of a miscellany of disliked mental states (disgust, shame, hurt, anxiety, etc.)*" (1) e, dall'altro, e secondo un'accezione normativa specifica, concerne solo quegli stati che sono causati *wrongfully (right-violating)* (2)¹²⁴, in maniera cioè non giustificata. Dell'illecito la vittima non deve essere necessariamente consapevole, non è cioè necessario che questa senta di subirlo.

A questo punto, Feinberg, procede con due precisazioni.

In primo luogo, ciò che causa un'*offence* è un qualcosa di indubbiamente meno serio rispetto a ciò che determina un *harm*.

In secondo luogo, sarebbe fuorviante ritenere che le *offences* occupino la parte più bassa della stessa scala rappresentata dalle varie tipologie di *harm*. Si tratta,

¹²³ DONINI M., "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, cit., p. 67.

¹²⁴ FEINBERG J., *Offense to Others*, cit., pp. 1-2. L'Autore poco più avanti specifica che "*Whereas 'offense' in the sense of the offense principle specifies an objective condition – the unpleasant mental state must be caused by conduct that really is wrongful – 'offense' in the strict sense of ordinary language specifies a subjective condition – the offending act must be taken by the offended person to wrong him whether in fact it does or not. In the strict and narrow sense, I am offended (or 'take offense') when (a) I suffer a disliked state, and (b) I attribute that state to the wrongful conduct of another, and (c) I resent the other for his role in causing me to be in the state*".

infatti, di una ricostruzione che abbraccia due *distinti* concetti che comprendono due scale autonome all'interno delle quali ricondurre le varie condotte che causano un danno o una molestia¹²⁵.

Una certa cautela però viene usata da Feinberg. L'uso di tale principio deve essere quanto mai accorto, onde evitare che la libertà del soggetto agente venga pregiudicata in virtù di una concezione intollerante del diritto penale.

Per evitare di aprire la porta a un'interferenza statale "*all'ingrosso*" e profondamente intuitiva è necessario che tale principio venga formulato in maniera *specific*a e che esso sia integrato da idonei *standard* o massime di mediazione¹²⁶, attraverso un bilanciamento degli interessi in conflitto.

I parametri di tale bilanciamento dovranno pertanto fare riferimento all'*intensità* e alla *durata* del disgusto provocato e dalla sua *estensione*; al fatto che lo spettatore non consenziente (*unwilling witnesses*) possa *evitare* l'esposizione molesta; e, infine all'applicazione, come nel caso dell'*harm principle* della massima *volenti non fit iniuria*. Si tratta, in altre parole, di quelle che vengono definite dallo stesso Feinberg, "*the extent of offense standard*" (A), "*the reasonable avoidability standard*" (B), "*the volenti standard*" (C)¹²⁷ e, infine, "*the discounting of abnormal sensibilities*" (D).

(A) Sotto il primo profilo, Feinberg chiarisce che "*the more people we can expect to be offended, other things being equal, the stronger the case for legal prohibition*"¹²⁸. Si tratta dunque della *magnitude of the offence* caratterizzata

¹²⁵ IBID., p. 3.

¹²⁶ IBID., p. 26.

¹²⁷ IBID., p. 26. L'Autore precisa che: "*In addition, the legislature would examine the prior established character of various neighborhoods, and consider establishing licensed zones in areas where the conduct in question is known to be already prevalent, so that people inclined to be offended are not likely to stumble on it to their surprise*".

¹²⁸ IBID., p. 27. L'Autore precisa comunque che le "*altre cose*", gli altri fattori, raramente sono uguali. Infatti, egli stesso, in precedenti lavori, aveva coniato la massima dello "*standard of universality*", ma per prevenire dei "*liberal nightmare*" introduce adesso un'eccezione importante. In particolare: "*I proposed an ad hoc amendment to the standard of universality itself, so that for the special class of offensiveness that consists of abusive, mocking, insulting behavior of a sort bound to upset, alarm, anger, or irritate those it insults, the offense principle could be applied, even though the behavior would not offend the entire population. Legislatures then could protect those who are vulnerable to abuse, even though they are – indeed, precisely because they are – a minority*". E poi aggiunge: "*we can abandon the absolutist 'standard of universality' and its unbending requirement of near unanimity, so long as we continue to attach substantial weight to the extent of offense as one among several important factors governing the application of the offense principle. When the offense caused by a contemplated action is predictably likely to offend virtually any person who might happen to*

dall'intensità, dalla durata, e dall'estensione della stessa. Si pensi al rapporto tra il numero degli offesi e quello dei soggetti attivi.

(B) Sotto il secondo profilo, *“the easier it is to avoid a particular offense, or to terminate it once it occurs, without inconvenience to oneself, the less serious the offense is”*. In altre parole, il legislatore è chiamato a valutare la praticabilità di condotte diversive che evitino l'imbattersi della vittima con la condotta molesta.

(C) La massima *volenti non fit iniura* si risolve, poi, in una massima di mediazione parallela a quella già stabilita per l'*harm principle*.

(D) Infine, la condotta penalmente rilevante non può essere fatta dipendere da sensibilità particolari o eccessive.

Deve dunque trattarsi, in linea generale, di molestie *“universalmente indesiderate”* (*universally disliked*) o che, quanto meno, siano avvertite come tali dalla grandissima maggioranza di persone comprese nel gruppo tutelato dalla norma (es. persone di colore, ebrei, cattolici e così via)¹²⁹. All'interno di tali categorie dovrebbero pertanto essere ricomprese le condotte di pornografia, atti osceni, esibizionistiche, voyeurismo, disprezzo dell'Olocausto o della democrazia e così via enumerando¹³⁰. Tali condotte non provocano un danno, in termini tecnici, ai singoli o

behold it [...] then there is a very powerful case for forbidding it, even though the universality of the response is neither necessary nor, taken by itself, sufficient for legitimate prohibition”.

¹²⁹ DONINI M., *“Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg*, cit., p. 67.

¹³⁰ FEINBERG J., *Offense to Others*, cit., pp. 50 ss. L'Autore propone in proposito una distinzione tra quelle che lui definisce *“profound offense”*, che sono spesso prodotte in circostanze tali da rendere impossibile allo spettatore non consenziente di evitarle, con ciò raggiungendo un carattere di fastidio e disagio molto maggiore e le *“mere offensive nuisance”*. All'interno del capitolo dedicato alle *“profound offenses”* Feinberg include appunto il voyeurismo, le condotte offensive di sentimenti religiosi, la violazione di cadavere e così via.

Le *“mere offensive nuisance”* di cui aveva parlato in apertura del volume II, hanno peculiarità diverse dalle prime. Infatti, esse sono caratterizzate, in primo luogo, dal loro carattere relativamente irrilevante, specie se poste in comparazione con il danno; in secondo luogo, il *wrong* delle stesse coincide con la percezione della condotta stessa che viene imposta alla vittima che le subisce, causando degli effetti postumi inscindibili dall'esperienza vissuta; in terzo luogo, la molestia è percepita come parzialmente personale e, nella maggior parte dei casi, come interamente personale; infine, esse derivano da un affronto a un *senso* di una persona.

Per *“profound offense”* si intende quelle azioni che *“incidono sull'altrui sensibilità di ordine più elevato”*, qual è quella che si fonda su in principio morale o su un credo religioso o è legata all'appartenenza di un gruppo razziale. Quanto alle caratteristiche, esse contrastano con quelle delle *mere offensive nuisance*. In primo luogo, si tratta di condotte appunto serie e profonde; in secondo luogo, anche se il soggetto non è testimone diretto della vicenda potrebbe sentirsi *“offeso”* anche in privato dalla stessa; in terzo luogo, esse non possono essere evitate dallo spettatore; in quarto luogo, si risolvono in un affronto al decoro che determina un ordine maggiore di suscettibilità; infine, si tratta di casi impersonali: la persona offesa non si sente necessariamente la vittima. Resta fermo che devono sussistere gli altri elementi che caratterizzano l'*offense principle* perché tale condotta possa essere

ad essi in quanto membri di una collettività poiché manca una sofferenza individuale, ma molestano terzi in una misura socialmente non tollerabile.

Questi criteri sono controbilanciati dalla ragionevolezza della condotta offensiva, in presenza della quale la stessa può risultare lecita o non perseguibile. Si pensi alla libertà di espressione, al valore sociale della condotta, alla cattiveria dell'azione e così via¹³¹.

Analizzati i due *liberty-limiting principles* che, secondo la ricostruzione del filosofo statunitense, possono legittimamente portare all'incriminazione penale, è ora opportuno analizzare il paternalismo e il moralismo giuridico, quali principi invece estranei a tale prospettiva. Ciò, ovviamente non esclude che secondo altri autori e altre concezioni il paternalismo e il moralismo giuridico possano assurgere a legittimi criteri di incriminazione.

2.2.2. *Feinberg e l'esclusione del legal paternalism e del legal moralism dai legittimi liberty-limiting principles.*

(A) Nel suo terzo volume, intitolato *Harm to self*, Feinberg espone la sua teoria del paternalismo penale. Dal punto di vista della dialettica liberale, come abbiamo avuto modo di chiarire, il paternalismo penale risulta essere estraneo ai legittimi criteri di criminalizzazione.

vietata (*wrong* e violazione di un diritto), si veda FEINBERG J., op cit., p. 57. Infatti, non sempre le *profound offence* possono essere ricondotte all'*offence principle*, o più esattamente al suo piano interno. La portata delimitativa dell'*offence principle* risulta pertanto maggiore verso l'esterno che verso l'interno. In tali casi il criterio in virtù del quale la condotta è soggetto all'*offence principle* è il fatto che la condotta deve pur sempre aver il carattere della pubblicità. In altre parole, perché le *profound offences* possano essere incriminate in virtù dell'*offence principle*, esse devono avere il carattere delle *nuisances*. Si veda FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, cit., p. 222. Si veda ancora Francolini, op. cit., pp. 225 ss.

E' opportuno chiarire che "*the offense principle, however, does not warrant legal interference with a person's private [...] conduct [...]*". Si veda per approfondimenti, Feinberg, op. cit., pp. 93 ss.

¹³¹ IBID., p. 68. L'Autore chiarisce come tale principio sia stato ripreso con diverse formulazioni ma con sostanziali adesioni anche da Autori quali A. Von Hirsch, A.P. Simester, G.R. Sullivan: "*se si potessero ricondurre queste offese al principio del danno non avrebbe senso, secondo tali premesse, costruire un 'offence principle'. Parimenti privo di significato sarebbe il tentativo di 'riconvertire' l'offence in un 'harm' [come invece ritiene opportunamente, a detta dell'Autore, HÖRNLE T., *Offensive Behaviour and German Criminal Law*, in Buffalo Law Review, 2001, 263], giacché tale operazione farebbe venire meno il senso stesso della distinzione tra i due criteri*".

Il problema che si pone, infatti, è quello di capire se, all'interno dei *liberty-limiting principles* sia possibile ricomprendere quei fatti rispetto ai quali il soggetto abbia consentito, nonostante possano comportare un danno a se stesso.

La concezione di Feinberg in tema di paternalismo giuridico risulta essere, così, una coerente prosecuzione della sua teoria liberale.

E' paternalista, in termini generali, la norma penale che prevede un obbligo di fare o di non fare per il *bene* del soggetto che è chiamato ad agire o ad omettere, per ottenere un vantaggio o per evitare un danno. Del pari, è paternalista la norma che protegge il soggetto da decisioni in suo danno, punendolo qualora sia egli stesso ad agire o ad omettere oppure punendo il terzo che agisce o omette per lui con il suo consenso¹³².

A questo proposito, una legge coercitiva è paternalistica quando ne è paternalistica, a prescindere da altre concomitanti apparenti ispirazioni, la ragione di fondo. Così, non risulta essere tale la legge che la maggior parte delle persone ad essa soggette approva. La coazione legale viene imposta “per il loro bene” e non per imporre la salvezza a una minoranza che invece la rifiuta. In tal caso, la legge è volta a consentire alla maggioranza il raggiungimento di un bene di tutti e non a “*imporre prudenza alla minoranza*”¹³³. Così non è paternalistica, per fare un esempio, la legge a tutela dei consumatori quando si richiede trasparenza nella pubblicità.

A dire il vero, Feinberg distingue il *legal paternalism* in due categorie.

¹³² ROMANO M., *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law* (a cura di Cadoppi A.), Giuffrè, Milano, 2010, p. 144. E' opportuno segnalare, poi, un recente lavoro di SPENA A., *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 57, 1209. L'analisi, di grande interesse, specie se si considera che esamina la tematica del paternalismo nell'ottica del principio del danno, ma filtrata dagli occhi dello studioso italiano, non potrà essere analizzata diffusamente nella presente trattazione. Basti qui rilevare che l'Autore evidenzia come “*cruciale non è allora la dimensione – ulteriore – della dannosità (sociale o per i terzi o solo per se stessi) di questa o quella condotta autolesionistica, ma quella – prioritaria – del diritto di compierla, anche quando vi siano ragioni di utilità sociale, o interessi di terzi soggetti, o ragioni meramente moralistiche, che le si oppongono: la identificazione, insomma, dei limiti entro i quali la società può chiedere a un soggetto di non esercitare un suo diritto. Cruciale è il tema del ‘diritto a sbagliare’*”. In altre parole, la questione centrale è se tali condotte costituiscano oggetto di diritti e se debbano pertanto essere leciti “*anche quando risultino immorali o dannosi o disgustosi per terzi o per la società in generale, ed entro che limiti debbano esserlo*”, si veda op. cit., pp. 1246 ss.

¹³³ *IBID.*, p. 146.

La prima è quella del c.d. *hard paternalism*¹³⁴ in base alla quale è ammissibile e giustificata la proibizione penale anche quando la scelta del soggetto è volontaria a tutti gli effetti.

La seconda categoria è quella che egli definisce di *soft paternalism* per cui la condotta auto-dannosa è sostanzialmente involontaria. A ben vedere, nell'ottica di Feinberg il *soft paternalism* costituisce l'unico caso in cui un intervento di tipo paternalistico è ammissibile, dato che può essere concepito come una sottospecie dell'*harm principle*.

Lo snodo fondamentale per l'analisi della *soft paternalism strategy* è rappresentato dal concetto, per la verità centrale in tutta la sua opera, di *autonomia personale*¹³⁵.

Questa rappresenta, secondo Feinberg, un vero e proprio *diritto* della persona che implica una sovranità assoluta su se stessi. Per Feinberg l'autonomia personale è, infatti, intangibile: non si tratta, in questo caso, di svolgere alcun tipo di bilanciamento poiché tale sfera non può essere *in alcun modo* invasa. Unica eccezione è rappresentata dall'ipotesi in cui, con un gesto di autonomia personale il soggetto vada a *invadere* la libertà altrui procurando un danno o una molestia ad altri¹³⁶.

Feinberg propone una suggestiva *analogia* tra autonomia dell'individuo intesa come signoria assoluta su se stessi e lo Stato sovrano che esercita il proprio dominio sul suo territorio. Si tratta, infatti, di quella che è stata definita "*metafora territoriale*". In altre parole: l'autonomia dell'individuo si esprime, in primo luogo, nella sua autonomia fisica e, dunque, primariamente sul proprio corpo. Questi deve avere anche uno "*spazio per respirare*" analogo al diritto di pesca in alto mare, un ambito cioè intorno al quale il soggetto può legittimamente esprimere la sua libertà. E' dunque ovvio che la sovranità funziona solo quando la scelta del soggetto è

¹³⁴ MALM H., *Su Feinberg, in tema di paternalismo*, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law* (a cura di Cadoppi A.), Giuffrè, Milano, 2010, p. 126 evidenzia come l'anti-paternalismo forte di Feinberg risulta pienamente coerente con l'accettazione di programmi e di politiche statali non coercitivi che promuovono comportamenti volti a migliorare la salute e il benessere, si veda *funditus* p. 126.

¹³⁵ CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentale e anglo-americana a confronto* (a cura di Fiandaca G. – Francolini G.), Giappichelli, Torino, 2008, p. 94.

¹³⁶ *IBID.*, p. 94.

volontaria, poiché in caso contrario, la scelta non potrebbe più essere *sua* e non potrebbe essere espressione di autonomia personale¹³⁷. Sul punto torneremo tra breve.

Il paternalismo giuridico debole consiste, dunque, nella teoria secondo cui sono moralmente legittimi i vincoli o i limiti che lo Stato impone alle azioni di persone incapaci o alle scelte non volontarie effettuate da soggetti incapaci¹³⁸. Pertanto, nell'ambito dei rischi che il soggetto si assume volontariamente, è moralmente legittima l'intervento coercitivo dello Stato è ammissibile solo nei casi in cui esso riesca a bilanciare il valore del rispetto dell'autonomia con il valore della prevenzione del danno.

E' dunque lecito, ad esempio, vietare la guida a una persona ubriaca, così come pretendere che i bambini indossino le cinture di sicurezza. E' opportuno comunque precisare che Feinberg, ritiene, in realtà, che tale posizione non integri veramente un'opzione in senso paternalistico, "*in quanto tutelare un individuo da una scelta che lo stesso non avrebbe mai fatto volontariamente o se fosse stato capace, non è diverso dal proteggere una persona da scelte che altri hanno fatto per lei (e di conseguenza non si tratta di proteggere la persona da se stessa)*"¹³⁹. Il paternalismo *soft*, pertanto, potrebbe indicarsi in realtà come la negazione stessa del paternalismo legale¹⁴⁰. Ecco perché è possibile parlare più che di paternalismo *soft*, di *antipaternalismo soft*: il solo e vero paternalismo è quello forte.

Quanto alle ipotesi nelle quali può porsi un problema di paternalismo, queste sono fondamentalmente due.

La prima è quella che concerne un'unica parte, la quale reca un danno a se stessa (c.d. *direct paternalism*); la seconda riguarda l'ipotesi in cui sono due soggetti ad essere coinvolti, l'uno facendo un'azione a danno dell'altro, il quale risulta però essere consenziente (c.d. *indirect paternalism*). In presenza del consenso di questo soggetto il danno ad esso arrecato risulta lecito¹⁴¹.

¹³⁷ IBID., p. 94.

¹³⁸ MALM H., *Su Feinberg, in tema di paternalismo*, cit., p. 126.

¹³⁹ Sul punto si veda IBID., p. 126.

¹⁴⁰ ROMANO M., *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, cit., p. 147.

¹⁴¹ CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, cit., p. 95. L'Autore specifica che in tali ipotesi, nel linguaggio del giurista continentale, a venir meno è l'antigiuridicità.

Risulta, pertanto, centrale capire quando la scelta possa essere definita come volontaria o, invece, come involontaria, così come risulta fondamentale capire quando un atto del singolo sia esclusivamente autoreferente e cioè *self-regarding*, senza alcun riflesso su soggetti terzi (*non other-regarding*). E' quando l'atto risulta *self-regarding* che il singolo gode di una libertà sovrana¹⁴².

I fattori che sono idonei a escludere il consenso sono la coazione, l'errore e l'incapacità (cioè la minore età), oltre ad altre ipotesi simili¹⁴³. Resta fermo, ad ogni buon conto, un criterio generale: *“più la condotta auto-dannosa è rischiosa, più lo standard di volontarietà della scelta deve essere alto; così anche lo standard probatorio di accertamento di questa volontà. Più il danno è grave e irrevocabile – pensiamo alla morte – più lo standard della volontarietà deve essere alto, e così, naturalmente, anche lo standard di prova, dell'accertamento di questa volontarietà”*¹⁴⁴.

(B) L'ultimo dei *liberty-limiting principles* è rappresentato dal moralismo giuridico. Delle principali caratteristiche di tale principio abbiamo già trattato con riferimento al dibattito tra Hart e Devlin. Basterà qui aggiungere qualche passaggio che chiarisca la posizione di Feinberg sul punto.

Come è noto, i problemi che sono posti dal moralismo giuridico attengono alla compatibilità dello stesso con il pluralismo etico della società.

Il moralismo giuridico, infatti, risulta essere alternativo alla visione liberale. Secondo il primo, infatti, *“it can be morally legitimate for the state, by means of the criminal law, to prohibit certain types of action that cause neither harm nor offense to anyone, on the grounds that such actions constitute or cause evils of other*

¹⁴² ROMANO M., *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, cit., p. 156.

¹⁴³ CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, cit., p. 95. Si segnala che anche ROMANO M., *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, cit., pp. 159 ss. analizza dei casi classici per la dottrina liberale, affrontati dallo stesso Feinberg, che espongono in maniera efficace i profili problematici del paternalismo giuridico. Si tratta in particolare delle *bad samaritan laws* e degli obblighi penalmente sanzionati di prestare aiuto; della bigamia e dell'usura; e delle *“scelte di morte”* e suicidio assistito.

¹⁴⁴ CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, cit., p. 96. Feinberg, precisa l'Autore, è fra coloro che ammettono pacificamente esistente, ad esempio, un diritto a morire. Questo risulta, infatti, essere uno dei tanti diritti di autodeterminazione collegati all'autonomia personale.

kinds”¹⁴⁵. Con questo chiarimento, Feinberg definisce il c.d. *legal moralism in the broad sense*.

I sostenitori di tale tipo di moralismo giuridico individuano, a sostegno, una pluralità di possibili ragioni. In primo luogo, si pensi alla volontà di preservare un determinato tipo di modo di vivere (*way of life*); in secondo luogo, può essere considerato il rispetto di uno specifico tipo di morale (*enforcement of morality*); in terzo luogo, il moralismo giuridico può essere considerato legittimo criterio di incriminazione per evitare un aumento degli illeciti; infine, si può porre l’obiettivo più ampio di elevare o perfezionare l’essere umano.

Se, invece, il *legal moralism* viene inteso in senso ristretto parliamo allora di *strict legal moralism*. La ragione giustificativa di tale tipo di moralismo consiste esclusivamente nel rispetto di un determinato tipo di morale (*enforcement of morality*). In particolare, “*we can call legal moralism in the strict sense the class of evils other than harms and offenses that can warrant preventive interference by the state are those ‘immoralities’ or ‘sins’ that can be committed not only in publicity harmful and offensive ways, but also discreetly by consenting and hence unharmed parties, in private or before consenting (hence unharmed and unoffended audience)*”¹⁴⁶.

Il quarto volume dedicato da Feinberg all’*harmless wrongdoing*, all’interno del quale espone le caratteristiche principali del moralismo giuridico, ci consente di chiarire la distinzione “*fatti immorali non dannosi*” e “*danni non immorali*”¹⁴⁷. Feinberg nega cittadinanza a tale criterio ed afferma che in realtà le condotte che per i moralisti sono passibili di incriminazione, per un *liberal* costituiscono fatti che non sono né dannosi né molesti.

I “*fatti immorali non dannosi*” consistono nella violazione di diritti che non ostacolano la parte lesa, come appunto l’*harmless wrongdoing*, mentre i secondi si frappongono alla realizzazione di un interesse, ma non comportano la violazione di diritti della parte lesa. Si pensi, appunto, ai danni arrecati con il consenso della parte danneggiata.

¹⁴⁵ FEINBERG J., *Harmless Wrongdoing*, cit., p. 3.

¹⁴⁶ IBID., p. 4.

¹⁴⁷ DWORKIN G., *Harmless wrongdoing*, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law* (a cura di Cadoppi A.), Giuffrè, Milano, 2010, p. 191.

L'*harmless wrongdoing* non cagiona un danno per due fondamentali motivi. In primo luogo, perché esso non si frappone alla realizzazione degli interessi dei soggetti sfruttati e, in secondo luogo, perché tali soggetti potrebbero aver prestato liberamente il proprio consenso¹⁴⁸. Feinberg, così, nel negare cittadinanza a visioni moralistiche del diritto, afferma che “*il male principale cui fa affidamento il moralista giuridico non consiste nel fatto che qualcuno sia stato danneggiato (ad esempio che una persona sia stata lesa – injured – e abbia subito un torto – wronged –), in quanto nessuno lo è stato; e non consiste nel fatto che qualcuno sia stato leso pur in assenza di un torto, in quanto quel ‘diverso male’ è annullato dalla presenza del consenso, e vi sarebbe un male maggiore, ossia un torto – wrong –, laddove il consenso non venisse rispettato*”¹⁴⁹. Il consenso rappresenta, infatti, un potere morale capace di modificare lo *status* giuridico di molte azioni: “*se io acconsento al fatto che tu ti appropri di qualcosa che è mio, ciò che costituirebbe un furto diventa un regalo*”¹⁵⁰.

In altre parole, di nuovo, gioca un ruolo fondamentale il concetto di autonomia personale che risulterebbe essere leso in caso di incriminazione di una condotta che non provoca ad altri né un danno né una molestia.

Il problema principale è che è molto complesso capire se i mali che sono provocati da tali condotte rientrino o meno nei confini dell'autonomia personale, così come risulta di non poco momento distinguere tra attività *self-regarding* e *other-regarding*.

Un punto deve essere chiarito.

Se l'*harm principle*, con l'ausilio della massima di mediazione del *volenti non fit iniuria* protegge l'autonomia personale e il valore morale del rispetto per le persone e tutela (“*enforces*”) il principio morale che protegge i progetti personali che

¹⁴⁸ IBID., p. 195.

¹⁴⁹ Si veda sul punto IBID., p. 195. L'Autore afferma acutamente che nonostante Feinberg attribuisca questa posizione al moralista giuridico, in realtà la ritiene corretta e la fa propria. Si veda FEINBERG J., *Harmless Wrongdoing*, cit., p. 130.

¹⁵⁰ DWORKIN G., *Harmless wrongdoing*, cit., p. 197. Se è vero che il consenso appare essere un giusto criterio di selezione, il punto è, secondo l'Autore, cercare di capire non se il principio del consenso possa essere sempre valido, ma se esso abbia dei limiti. Ci si deve cioè chiedere se esistano delle azioni che possono costituire un fatto immorale nonostante che il soggetto vi abbia acconsentito. L'Autore ricorda, infatti, che lo stesso Mill fa un'eccezione rilevante alla sua tesi in tema di schiavismo volontario, in quanto quella scelta comporta l'impossibilità di rivalutare la propria decisione, scegliendo di riprendersi la propria autonomia. Si veda *funditus* pp. 198 ss.

sono necessari per la realizzazione dell'uomo¹⁵¹, ci sono, però, un'altra serie di principi morali, valori, e così via, che l'*harm principle* non è chiamato a tutelare.

Feinberg, infatti, precisa che: “*we are thus strongly tempted to conclude at this point that ‘the laws authorized by the harm principle only coincide or overlap with moral requirements, but do not actually enforce moral values as such. What the state authorities are properly concerned with is the harmfulness of harmful behavior not its [admittedly] immoral character’*”¹⁵². In altre parole, è immorale causare intenzionalmente un danno ad altri, invadere i suoi diritti morali (*moral rights*) senza una giustificazione (*justification or excuse*). L'*harm principle* tutela dunque questa parte della morale pubblica (*public morality*), ma non in quanto parte della morale, ma in quanto volto alla protezione di diritti e all'impedimento che un danno possa essere cagionato.

Certo, nell'ottica di Feinberg, l'*harm principle*, come gli altri *coercion-legitimizing principles*, è un principio che è volto a tutelare un segmento di morale¹⁵³, animato da particolari *moral values*. Affermare ciò però, non comporta ammettere che nell'area della tutela penale possa rientrare un qualsiasi illecito (*wrongdoing*) o qualsiasi male (*evil*)¹⁵⁴: l'*harm principle* consente di limitare l'area della rilevanza penale nei termini che si sono evidenziati. La domanda è, infatti, più precisamente, quale giudizio su una determinata condotta possa legittimamente ricevere il timbro della certificazione morale da parte del diritto penale, e non se bollando una condotta con il timbro del diritto penale si stia tutelando l'uno o l'altro giudizio morale¹⁵⁵.

Ebbene, Feinberg tra i c.d. mali legislativi, i mali cioè di cui si può potenzialmente occupare un legislatore penale, quelli che provocano un danno o una

¹⁵¹ FEINBERG J., *Harmless Wrongdoing*, cit., p. 12.

¹⁵² IBID., p. 12.

¹⁵³ IBID., p. 13. Il diritto penale può dunque caratterizzarsi per la tutela di un consenso morale (*moral consensus*) a causa della sua forza simbolica. Feinberg citando MACCORMICK afferma che “*the criminal law with its public drama and symbolism of trials and punishment can be to some extent constitutive of a common morality for the body of citizens as such*”.

¹⁵⁴ IBID., p. 13.

¹⁵⁵ IBID., p. 13. Interessanti sono le considerazioni anche in tema di *moralism* e *offense to others* e *moralism* e *harm to self* pp. 15 ss.

molestia – commessa in pubblico – esclude i c.d. *mali fluttuanti*, di cui tratta appunto nel suo quarto volume¹⁵⁶.

Il liberalismo di Feinberg, dunque, ha un retroterra culturale proprio di un liberalismo un po' ambiguo, oscillante tra quello *etico o teleologico* di John Stuart Mill, che intende se stesso come corretta e razionale concezione del bene, e il *liberalismo politico o deontologico* di John Rawls, che privilegia la tutela delle libertà fondamentali, aperto a concezioni concorrenti del bene¹⁵⁷. Ciò che è degno di interesse è che il suo liberalismo è “*non dogmatico, bensì aperto, cauto prudente*” e nella sua opera si trova ad analizzare con eguale cura i principi che nella tradizione liberale vengono intesi appunto come illiberali e, dunque, estranei ai possibili criteri di legittimazione dell'intervento punitivo¹⁵⁸.

Feinberg presuppone, all'interno della concezione del danno, l'accettazione dell'idea di una sorta di *minimo etico*, in un'accezione analoga a quella sostenuta da Hart. Così: “*se si parte dal presupposto che la sopravvivenza degli esseri umani sia un valore etico-sociale irrinunciabile, ne consegue che il diritto e la morale devono entrambi avere un contenuto tale da garantire le condizioni essenziali della vita in comune*”¹⁵⁹. Le regole di base del minimo etico sarebbero rinvenibili dunque, ad esempio, nel divieto di uccidere, nel rispetto dell'integrità fisica, di ledere beni patrimoniali fondamentali. Si tratta di danni incontrovertibili in quanto risultano essere oggetto di diffusissima condivisione a prescindere dalle ideologie di appartenenza che si riconnettono alla lesione di beni basilari¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Mentre il male, inteso in termini generali, viene definito come ogni accadimento o stato di cose di cui ci si deve dispiacere piuttosto seriamente, la principale caratteristica dei *mali c.d. fluttuanti* è che non sono riferiti o riferibili a soggetti passivi determinati. Allora, i *mali fluttuanti*, proprio perché non sono riferibili a nessun soggetto passivo determinato, comportano che il principio del moralismo giuridico esuli dalla sfera dei principi liberali di penalizzazione. Si veda FIANDACA G., *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law* (a cura di Cadoppi A.), Giuffrè, Milano, 2010, p. 212. L'Autore specifica che i *mali fluttuanti* potrebbero essere definiti come reati senza vittima. Si veda FEINBERG J., *Harmless Wrongdoing*, cit., p. 20 a proposito della sua *taxonomy of evils*.

¹⁵⁷ FIANDACA G., *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, cit., p. 156.

¹⁵⁸ IBID., p. 156.

¹⁵⁹ IBID., p. 156.

¹⁶⁰ IBID., p. 157. L'Autore afferma poi che ci potremmo chiedere se un minimo etico nelle società contemporanee non debba anche includere beni e valori ulteriori e comunque suscettibili di un consenso per intersezione *à la* Rawls. Potrebbero essere oggi fatte rientrare anche esigenze di etica pubblica ad esempio.

A questo punto, si afferma¹⁶¹, bisogna attenderci un'obiezione: ritenere che sia legittima una tutela penale di un minimo etico non contraddice la tesi liberale per cui la morale non può assurgere a legittimo oggetto di protezione?

In proposito è allora utile la distinzione tra *morale minima*, tendenzialmente universale e *morale restante* frutto, in una moderna società multiculturale, di visioni contrastanti. Ecco che allora dobbiamo intenderci sul tipo di morale di cui stiamo parlando. Feinberg risponde così: “*la tutela del minimo etico non tende a tutelare questo minimo in se stesso, ma mira pur sempre all’obiettivo di prevenire quei danni che rappresentano per gli uomini i mali più gravi*”¹⁶². Sul punto torneremo nell’ultimo capitolo.

Accettare dei principi come *liberty-limiting* significa affermare che le considerazioni che stanno alla base di essi costituiscano sempre ragioni sufficienti, a livello morale, per incriminare, a livello penale, una determinata condotta. Questo aspetto costituisce una condizione necessaria ancorché non sufficiente, dato che ulteriori considerazioni a favore del rispetto della libertà dell’individuo potrebbero emergere. Del resto, le stesse considerazioni potrebbero essere fatte in materia di bene giuridico, costituendo tale caratteristica un’*insufficienza* per così dire *strutturale* di qualsiasi discorso sui criteri di legittimazione dell’intervento penale, e non un difetto¹⁶³.

La rilevanza dello studio comparatistico dei *liberty-limiting principles* è dunque evidente.

L’attenzione, da parte dello studioso italiano, alla dottrina di *common law* consente di “*far meglio risaltare, rispetto alla dottrina del bene giuridico, le complesse opzioni politico-valutative e le differenti visioni morali che stanno alla base di non poche deliberazioni legislative in materia penale*”¹⁶⁴, potendo trovare peraltro nella dialettica del danno e dell’offesa un lessico più idoneo, e se vogliamo

¹⁶¹ IBID., p. 157.

¹⁶² Si veda sul punto IBID., p. 158.

¹⁶³ PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di)*, cit., p. 684.

¹⁶⁴ FIANDACA G., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, cit., p. 148.

più pratico, rispetto a quello “*esoterico*” del bene giuridico¹⁶⁵. Ad ogni buon conto, sul punto torneremo più approfonditamente nell'ultimo capitolo.

3. *Il più recente dibattito di common law sulla dannosità sociale. Le coordinate essenziali della riflessione anglo-americana tra criminalization e wrongdoing.*

La complessa opera di Feinberg non poteva che stimolare un dibattito acceso nel periodo successivo alla pubblicazione dei suoi quattro volumi. La successiva dottrina anglo-americana ha infatti confermato, affinato e, in parte, criticato la sua tesi.

Le caratteristiche della teorica del danno hanno spinto pertanto gli studiosi a interrogarsi sulle *conseguenze* della condotta e, in particolare, a capire se l'attuale comportamento di un soggetto arrechi attualmente un danno ad altri¹⁶⁶.

In termini generali, la più recente elaborazione dottrinale nega cittadinanza alla punizione di condotte meramente *immorali*, essendo centrale la causazione di un qualche tipo di danno¹⁶⁷. Se questo è vero, è opportuno però segnalare fin da subito

¹⁶⁵ PULITANÒ D., Offensività del reato (principio di), cit., p. 684.

¹⁶⁶ SIMESTER A.P. – VON HIRSCH A., *Crimes, Harms, and wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2014, p. 36.

¹⁶⁷ E' possibile aggiungere che in THORBURN M., *Criminal Law as Public Law*, in *Philosophical Foundations of Criminal Law* (a cura di Duff R.A. – Green S.P.), Oxford University Press, Oxford – New York, 2011, p. 26, egli evidenzia come recentemente, studiosi quali Anthony Duff, abbiano cercato di rimpiazzare l'utilitarismo di Hart con una sorta di *legal moralism*. E' bene comunque non confondere il moralismo di Duff con quello di Devlin. Mentre, infatti quest'ultimo aveva come obiettivo quello di rafforzare la legislazione penale grazie a una impalcatura di norme sociali condivise che non avevano la funzione di raggiungere il bene in se stesso, ma quella di incoraggiare la coesione sociale, il nuovo moralismo di Duff e Gardner prende il concetto di morale molto seriamente. Questi ultimi partono dalle implicazioni kantiane relative alla necessità di tutelare le persone come agenti morali razionali e autonomi. L'attenzione di Duff verte, dunque, sul *processo penale*. Questo non sarebbe altro se non un modo per istituzionalizzare delle pratiche morali e, tra queste, la pena. Il sistema penale sarebbe, dunque, una formalizzazione di versioni di pratiche private che richiedono ai cittadini di giustificare la propria condotta di *moral wrongdoing*. Nell'ottica di Duff, comunque, il diritto penale non riguarda propriamente tutte le tipologie di *moral wrongdoing*. Infatti, alcune situazioni semplicemente, “non sono affare del diritto penale”. Inoltre, afferma l'Autore in DUFF R.A., *Responsibility, Citizenship, and Criminal Law*, in *Philosophical Foundations of Criminal Law* (a cura di Duff R.A. – Green S.P.), Oxford University Press, Oxford – New York, 2011, p. 134, “*domestic criminal law is limited not merely in the kinds of wrong over which it claims jurisdiction, but in the jurisdiction it claims even over the kinds of wrong with which it deals*”.

Sul punto si veda anche DUFF R.A., *Towards a Modest Legal Moralism*, in *Criminal Law and Philosophy*, 8(1), 2014, Dordrecht (NL), 224.

Secondo Thorburn, però, vi sono notevoli differenze tra le pratiche dello Stato in materia di giustizia penale e le pratiche private: infatti, non solo lo Stato è titolare di una legittimazione coercitiva che i

che, da un punto di vista dell'applicazione pratica del principio, le cose talvolta stanno diversamente.

La giurisprudenza, in particolare quella inglese¹⁶⁸, non fa sempre una rigorosa applicazione del principio liberale, ma anzi segue una linea interpretativa decisamente più moralistica. In un celeberrimo caso portato di fronte alla *House of Lords, Brown*¹⁶⁹, la Corte mostra di considerare più che l'ottica interpersonale del principio del danno, le possibili conseguenze che quella condotta potrebbe provocare sul resto della società, in termini che potremmo definire, per dirla con Feinberg, di *male fluttuante*.

Come vedremo meglio tra breve, si trattava di un caso, quello *Brown*, in cui si era verificata la commissione di una condotta sadomasochistica tra due soggetti svolta con il consenso dell'altro. Secondo la Corte, tale condotta poteva ritenersi dannosa nella misura in cui incoraggiava la “*corruzione dei soggetti più giovani*” (*the seduction and corruption of young men*).

Alla luce di tale interpretazione possiamo dunque chiederci se una tale tipologia di danno possa effettivamente verificarsi e, in particolare, se essa cada sotto il raggio di applicazione del principio del danno. In altre parole, possiamo interrogarci sul fatto se sia legittimo che il diritto penale vada a tutelare la realizzazione di un danno, o meglio di un rischio di danno, così anticipato da poter essere, appunto, considerato alla stregua di un *male fluttuante*. Inoltre, tali considerazioni sono ancor più contraddittorie nelle *risposte* se si considera che non vengono portati a sostegno della tesi sostenuta dalla Corte dati empirici di alcun genere.

singoli non hanno, ma è possibile affermare che esista un più generale “*right to do wrong*”. Inoltre, a livello empirico le condotte penalmente rilevanti, attualmente vigenti nel mondo del *common law*, non seguono i contorni del *moral wrongdoing and justification*. L'Autore suggerisce quindi una posizione diversa, definibile come “*public law account of criminal justice*”. Difatti, afferma che “*public law account because it conceives of the operations of the criminal justice system, insofar as they are legitimate, as concerned with the basic question of public law: when the use of state power is legitimate*”, si veda op. cit., p. 24.

¹⁶⁸ Per quanto concerne la giurisprudenza statunitense, le cose sono in parte diverse. Analizzeremo il punto nei prossimi paragrafi.

¹⁶⁹ *Brown* [1994] 1 AC 212.

3.1. *I correttivi proposti alla teoria di J. Feinberg: il dibattito sull'individuazione delle tipologie di harm, l'interpretazione correttiva dell'offence principle e le sue critiche, i nuovi orientamenti sulla nozione di "autonomia personale".*

A questo punto, è possibile analizzare il più recente dibattito di *common law*, verificando le differenze e le somiglianze rispetto alla teoria di Feinberg.

I. Sono state, infatti, individuate tre forme fondamentali di *harm* che vanno dalla causazione di un danno diretto ad una nella quale la tutela è fortemente anticipata. Si tratta in particolare di *direct, primary harms* (A); *remote, primary harms* (B); e, infine, *secondary reactive harms* (C)¹⁷⁰.

(A) La prima tipologia evidenzia i casi di più pacifica soluzione. La categoria in questione può essere, infatti, definita come *wrong generating* poiché comporta la realizzazione di un vero e proprio danno alle cose. Si pensi alla lesione dell'integrità personale o della proprietà. In tali ipotesi il danno si basa proprio sul *wrong* (ingiustizia, illiceità). I danni in parola possono essere poi bilanciati con i criteri che vengono utilizzati dallo stesso Feinberg concernenti la probabilità di causazione del danno, la *magnitude* dello stesso, e così via. Si afferma, infatti, che "*a responsible legislator should consider the gravity and likelihood of the wrongful harm and weigh that against the social value of the conduct to be prohibited and the degree of intrusion upon citizens' lives that criminalisation would involve*"¹⁷¹.

(B) La seconda categoria di danno (*remote harms*) concerne le situazioni nelle quali *l'harm principle* potrebbe venire in gioco nonostante il fatto che il *wrong* possa causare un danno non diretto, anche in situazioni *standard*. Su tale categoria il dibattito è stato molto ampio e complesso e richiederebbe una trattazione che fuoriesce dagli scopi del presente lavoro. Basterà, pertanto, indicarne le coordinate fondamentali.

¹⁷⁰ SIMESTER A.P. – VON HIRSCH A., *Crimes, Harms, and wrongs. On the Principles of Criminalisation*, cit., pp. 44 ss.

¹⁷¹ IBID., p. 45. In particolare, gli Autori aggiungono che: "*resolution of that balancing process will depend on reference to standard cases. The Harm Principle is in play here because speeding standardly causes or creates a risk of harm, even if the actual risk varies in particular instances [...]* To a large extent, this is a matter of resources, and of their efficient use – it is simply uneconomic to frame and administer laws that take into account the particularities of every person's situation", p. 46.

Una delle ipotesi di *remote harm* è quella in virtù della quale un'azione diventa dannosa in ragione della *tendenza* a diminuire le risorse che sostengono il “benessere” (*well-being*), non immediatamente, ma in maniera remota¹⁷². E' evidente che tali forme di danno devono essere considerate con la dovuta cautela. Se, infatti, l'incriminazione di tali condotte può, in determinate circostanze, risultare opportuna, non è raro che possano emergere difficoltà specie nelle ipotesi nelle quali il fulcro dell'incriminazione verte sulla successiva scelta di un terzo soggetto¹⁷³.

La definizione di *remote harm* risulta essere, così, particolarmente complessa. Ad ogni buon conto, possiamo ritenere tale quella situazione nella quale il legislatore criminalizza una particolare attività che in sé può essere ritenuta innocua, ma che è volta a prevenire qualche altro tipo di *aggregate harm* o rischio di danno¹⁷⁴.

Così, per *remote harm*¹⁷⁵, non si intende una tipologia di danno che risulta essere remota da un punto di vista spazio-temporale. Infatti, mentre, come è noto, ci sono dei reati che cadono sotto il principio del danno per definizione (*constitutively*) nei quali il danno diventa elemento essenziale di essi, ve ne sono altri che possono essere definiti come *non-constitutive*. Questi reati, nonostante siano caratterizzati anch'essi, dall'elemento della *wrongfulness*, possono porre dei problemi in merito all'opportunità di una loro criminalizzazione poiché è complessa la loro collocazione all'interno dell'*harm principle*. A un primo sguardo essi possono, infatti, comportare un problema di sovra-criminalizzazione (*over-criminalization*)¹⁷⁶.

¹⁷² IBID., p. 46. Un esempio di tale situazione si può verificare nel caso in cui venga venduta una pistola. Questa circostanza non implica una diretta causazione di un danno, ma una situazione rispetto alla quale potrebbe essere causato un danno solo. Si pensi, infatti, in proposito alla struttura delle *inchoate offences*. Queste sono così definite dal *Crown Prosecution Service* britannico: “*there are instances where a substantive offence may not have been completed but nevertheless an offence of a different kind has been committed because of the actions or agreements in preparation for the substantive offence*”, in http://www.cps.gov.uk/legal/h_to_k/inchoate_offences/.

¹⁷³ IBID., p. 47.

¹⁷⁴ Si veda BAKER D.J., *Collective Criminalization and the Constitutional Right to Endanger Others*, in *Criminal Justice Ethics*, 28(2), 2009, New York (NY, US), 168, p. 169. Il tema del possesso di armi è molto interessante ai fini del dibattito sul *remote harm*. Per approfondimenti si veda l'articolo citato.

¹⁷⁵ SIMESTER A.P. – VON HIRSCH A., *Crimes, Harms, and wrongs. On the Principles of Criminalisation*, cit., pp. 57 ss.

¹⁷⁶ Sul punto si veda SIMESTER A.P. – VON HIRSCH A., *Remote Harms and Non-constitutive Crimes*, in *Criminal Justice Ethics*, 2009, 28(1), 89, pp. 89-90.

La criminalizzazione delle *non-constitutive offenses*¹⁷⁷ sarebbe pertanto legittima in presenza di una serie di circostanze. In primo luogo, la previsione della norma incriminatrice deve ridurre un rischio qualificabile come *significativo*.

In secondo luogo, essa deve ridurre la *probabilità* che il danno finale possa verificarsi.

In terzo luogo, il danno finale deve essere *serio* al punto che una diretta causazione dello stesso potrebbe essere qualificata come reato secondo la *standard harms analysis* (c.d. *consummate harm requirement*). Con questo elemento, la dottrina individua una gerarchia tra gli elementi che caratterizzano la *mens rea*, e cioè l'equivalente del nostro elemento soggettivo. La gerarchia concerne, in particolare, la *recklessness* e l'*intention*: “*if the act of intentionally and directly causing a result should not be criminalized, the state cannot be justified in enacting an inchoate offense to prevent persons from merely creating a risk of that result*”.

Infine, viene proposto un *culpability principle* per quanto riguarda il danno finale: “*it is not enough that the performance of the proscribed conduct just happens to make the occurrence of the ultimate harm more likely*”¹⁷⁸.

I casi di *remote harm* vengono poi divisi in ulteriori tipologie, a seconda delle conseguenze che essi comportano. Si tratta in particolare delle *endangerment offences* e delle *prophylactic offences*. Possiamo distinguere poi i *conjunctive harm cases* dai *mediating intervention cases*¹⁷⁹.

¹⁷⁷ IBID., p. 91. La proposta in questione è di HUSAK D., *Overcriminalization. Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008.

¹⁷⁸ SIMESTER A.P. – VON HIRSCH A., *Remote Harms and Non-constitutive Crimes*, cit., p. 92. Quanto a questi ultimi due elementi, parte della dottrina ha notato come probabilmente richiederebbero una specificazione ulteriore. Infatti, il *consummate harm requirement* non è idoneo a chiarire perché una condotta di *recklessness* sia necessariamente meno colpevole di una di *intention*; in secondo luogo, la visione che un determinato danno potrebbe essere peggiore di un altro potrebbe dipendere da fattori ulteriori oltre a quello della colpevolezza; infine, causare un certo danno con volontà potrebbe avere valore di un certo peso, mentre realizzare lo stesso in via incidentale potrebbe non averlo. Quanto al *culpability principle*, poi, secondo questa parte della dottrina, impostare il problema in termini di colpevolezza potrebbe risultare fuorviante, dato che il discorso deve girare, più che altro, attorno all'elemento del *wrongdoing*.

¹⁷⁹ Sul punto si veda anche SIMESTER A.P. – VON HIRSCH A., *Remote Harms and Non-constitutive Crimes*, cit. Ancora, si veda ASHWORTH A., *Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm under the Code, and in Common Law*, in Rutgers Law Journal, 19, 1987-1988, Camden (NJ, US), 734.

In via di sintesi è possibile chiarire che le *endangerment offences* sono quelle per cui viene creato un rischio di causare un danno ad altri; i *prophylactic crimes* sono quelli per i quali, a differenza delle *endangerment offences*, il rischio di danno ad altri non deriva direttamente dall'atto vietato (si pensi per es. alle *inchoate offences* salvo il *completed attempt*). Quanto alle *mediating interventions* queste possono essere definite come quelle situazioni nelle quali la condotta in se stessa non è dannosa, ma in

Aspetto essenziale delle considerazioni in tema di *remote harms* attiene alla imputazione dello stesso (*fair imputation*). Se, infatti, nelle ipotesi di reati con danni ben individuati a un soggetto specifico (*victimising harms*) questo elemento non pone particolari problemi, diversa è la situazione in quei casi di *remote harms* dove vi può essere una problematica interferenza tra i concetti di *harm* e *wrong*, dato che il danno non è prodotto dal comportamento del soggetto, ma da scelte successive di altri soggetti non controllabili dal primo.

In tali casi, il problema non consiste tanto nel collegamento fattuale tra la condotta del primo soggetto che influenza (e ben può influenzare) la condotta di un altro, né sussiste un problema di *mens rea*. Il problema consiste piuttosto nell'*imputational link*. In altre parole, la domanda verte sull'opportunità di punire un soggetto in dipendenza, esclusivamente, della condotta di altri soggetti che, potenzialmente possono provocare delle conseguenze dannose¹⁸⁰.

qualche modo porta un altro soggetto a commettere un reato che causa un rischio di danno finale. Infine, nei *conjunctive crimes* la condotta causa un danno solo quando combinata con quella di altri. E' opportuno spendere ancora qualche parola sul punto fornendo qualche esempio idoneo a chiarire la questione.

I casi di "*abstract endangerment*", in termini generali, si riferiscono a quelle situazioni nelle quali il pericolo non è attuale, ma appunto astratto, riguardando situazioni nelle quali non vi è l'effettiva causazione di un danno.

I casi più frequenti nei quali tali situazioni possono verificarsi sono, in primo luogo, quelli in cui è noto che la condotta ordinariamente risulta essere pericolosa (si pensi al superamento di un determinato tasso alcolemico nella guida in stato di ebrezza). In secondo luogo, può trattarsi di quelle tipologie di condotte che vengono vietate in quanto l'agente può mettere in pericolo altri soggetti. In terzo luogo, il divieto può essere relativo a condotte che non portano direttamente a conseguenze negative, ma che si ritiene possano indurre o portare l'imputato o altri soggetti a commettere ulteriori atti in grado di provocare un rischio di danno – alcuni di questi casi sono non poco problematici, si pensi al caso *Brown*, citato poco sopra. Infine, si pensi a quelle situazioni nelle quali la condotta provoca un danno esclusivamente se combinata con altri atti simili di altri soggetti, come il gettare la spazzatura in un fiume che può porre in pericolo la salute pubblica solo quando viene posta in essere da molti soggetti.

¹⁸⁰ SIMESTER A.P. – VON HIRSCH A., *Crimes, Harms, and wrongs. On the Principles of Criminalisation*, cit., p. 61.

Nonostante i criteri selezionati nella *Standard Harm Analysis*, come la grandezza del danno e la serietà dello stesso, vadano di volta in volta considerati con cautela, in ragione della tipologia di danno al quale si fa riferimento, essi sono efficaci per soppesare l'utilità della criminalizzazione di una determinata condotta specie quando risulta centrale capire la probabilità di una sua verifica, la sua gravità e l'impatto sociale della stessa.

Inoltre, le considerazioni in tema di *fair imputation* non sono politicamente neutrali. Esse possono dipendere da fattori sociali e politici, come ad esempio l'ampiezza di un dovere stabilito in capo a un cittadino. Il criterio dell'imputazione risulta, dunque, centrale nella comprensione del principio del danno e comporta un'estensione dello stesso qualora si parli di *remote risk*. Il tema, di grande interesse, non può essere, in questa sede, approfondito. Si rimanda pertanto per ulteriori approfondimenti a SIMESTER A.P. – VON HIRSCH A., *Crimes, Harms, and wrongs. On the Principles of Criminalisation*, cit., pp. 70 ss.

Ciò chiarito, nessuno in dottrina nega che vi siano casi in cui la necessità di criminalizzare il *remote harm* risulta indispensabile, specie per prevenire il danno principale. Il punto è però quello di capire come fare a conciliare questa esigenza con il fatto che possa mancare un collegamento normativo tra le due condotte¹⁸¹. La necessità di criminalizzare danni remoti ai fini della tutela di un danno principale, sta, da un lato, nella natura delle cose ed è un elemento che si rinviene nella maggioranza degli ordinamenti, dall'altro lato, è in grado di compromettere la nozione generale di danno diluendola quanto a contenuto.

Recentemente¹⁸², infatti, si è rilevato come teorie, quali quella delle *broken windows*, comportino la criminalizzazione di condotte con un danno decisamente remoto¹⁸³.

Un tale modo di ragionare potrebbe provocare un contrasto con il principio di responsabilità individuale (*requirement of fairness and individual responsibility*) in quanto pretende di punire dei soggetti solo per le conseguenze involontarie delle loro azioni, contravvenendo al principio per cui è necessario un *collegamento normativo*.

¹⁸¹ BAKER D.J., *The Moral Limits of Criminalizing Remote Harms*, in *New Criminal Law Review*, 10 (3), 2007, Oakland (CA, US), 370, p. 388. L'Autore cita RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 200 (1977). Secondo questo Autore il c.d. *fairness constraint* può essere superato in determinate circostanze. In particolare, si afferma che: "it might be fair to override fundamental rights when 'the cost to society would not be simply incremental, but would be of a degree beyond the cost paid to grant the original right, a degree great enough to justify whatever assault to dignity or equality might involved'. This ground for overriding fairness 'applies most readily to situations where there is a derogation from rights done in order to avert catastrophic consequences'".

¹⁸² BAKER D.J., *The Moral Limits of Criminalizing Remote Harms*, cit., p. 370.

¹⁸³ Così, posto che per *remote harm* intendiamo quelle situazioni nelle quali il danno non è presente alla commissione della condotta, ma può essere causato da un incoraggiamento, derivante dalla condotta del primo soggetto, alla commissione da parte di un altro soggetto autonomo di un atto criminoso, *primary harm*, questo tipo di criminalizzazione risulta, come dicevamo, problematico. Se questo è vero, la criminalizzazione di condotte basate sui sentimenti della paura, ansia e così via nei confronti di persone che non sono vittime dirette porta a riconoscere al principio del danno un ruolo decisamente limitato. Sotto questo aspetto si è affermato che il modo migliore per evitare questo dilemma è quello di riconoscere che le persone hanno dei diritti idonei a operare indipendentemente dal principio del danno. Tali diritti, in senso kantiano, comportano che esse debbano essere trattate in un certo modo già solo perché sono persone. Sul punto non è possibile qui soffermarsi, basti però rilevare che, secondo questo orientamento, il principio del danno deve combinarsi con una stretta relazione in materia di diritti. In altre parole, talvolta, una pura violazione dei diritti dovrebbe costituire una ragione sufficiente per affermare una tutela penale. Infatti, la circostanza che una condotta causi un danno è una delle ragioni, ma non quella da sola necessaria e sufficiente, in favore della criminalizzazione. Si veda sul punto, STEWART H., *The limits of the harm principle*, in *Criminal L. & Philosophy*, 2010, 4(1), 17, p. 17

Questo sussiste solo quando il soggetto consapevolmente assiste o intenzionalmente incoraggia il crimine dell'altro o quando occulta la commissione dello stesso¹⁸⁴.

Perché il principio del danno conservi una sua funzione in tali circostanze¹⁸⁵, sarà necessario che vi sia appunto, un collegamento normativo con la commissione dell'ulteriore danno¹⁸⁶.

In materie nelle quali la tutela penale è fortemente anticipata, e pertanto in cui il diritto penale fornisce una risposta non poco autoritaria, la funzione di prevenzione del danno, che pure risulta essenziale, potrebbe essere¹⁸⁷ talvolta meglio realizzata attraverso procedure di tipo civilistico e amministrativistico (*regulatory*)¹⁸⁸.

¹⁸⁴ BAKER D.J., *The Moral Limits of Criminalizing Remote Harms*, cit., p. 371. L'Autore afferma poi che “*I also assert that the fairness constraint should only be overridden as a matter of necessity to prevent harm of an extraordinary grave kind and that the broken windows harm does not satisfy this requirement*”.

¹⁸⁵ IBID., p. 371. Condotte non produttive di danno, non possono, invece, essere criminalizzate. Si pensi al caso dell'accattonaggio che, nell'opinione dell'Autore, non può provocare un danno diretto, malgrado alcuni altri lo considerino un *remote harm* in quanto idoneo a influenzare altri nella commissione di un reato.

¹⁸⁶ IBID., p. 375. Infatti, se il mendicante avrà la *mens rea* del reato di accattonaggio, questi non aiuta intenzionalmente coloro che commettono reati nell'ambito della *broken windows area*. Oltretutto, tale teoria manca di fondamento empirico. Si veda pp. 376 ss.

L'Autore cita Von Hirsch. Possiamo, inoltre evidenziare, ma sul punto non è possibile soffermarci, che la *accessory liability* può fornire in questi casi uno spunto iniziale, a livello metodologico, in base al quale spiegare il collegamento normativo tra il soggetto principale e il secondo che interviene con la condotta ulteriore. Quest'ultimo può essere ritenuto responsabile se ha assistito il principale, oppure se lo ha incoraggiato a commettere il reato. La *mens rea* della *knowledge* è normalmente sufficiente, ma non lo è nell'ipotesi in cui lo abbia incoraggiato perché l'associazione è troppo remota, questo perché il collegamento tra i due non è diretto ai fini della commissione del reato, salvo il caso in cui avesse avuto come obiettivo primario quello di influenzare il secondo soggetto a commettere il reato. La *mens rea* dovrà pertanto essere quella della *intention*.

¹⁸⁷ E' questa l'opinione di molti studiosi anglo-americani che evidenziano come nel diritto inglese molte misure non penalistiche comportino conseguenze fortemente limitative sulla libertà personale. Si pensi al *civil contempt to court* e agli *Anti-Social Behaviour Order* (ASBO). Si veda ASWORTH A. – ZEDNER L., *Prevention and Criminalization: Justifications and Limits*, in *New Criminal Law Review*, 15, 2012, Oakland (CA), 542, pp. 544 ss.

¹⁸⁸ Nel 2010, la *Law Commission* inglese ha pubblicato un *Consultation Paper* che propone una revisione dell'uso del diritto penale in Inghilterra e in Galles nei casi di *enforcement* del *regulatory system*. In particolare, suggerisce che la scelta tra sanzioni civilistiche e penali sia determinata, in parte, da una questione di *grado*. Nella guida fornita al *Ministry of Justice* si legge che: “*the guidance does not seek to rely on an intrinsic distinction in kind (producing a bright light) between conduct appropriately targeted through the criminal law, and the conduct better targeted through civil sanctions or private remedies. Instead, the guidance treats that distinction as one of degree. The right question is whether, for example, the nature and degree of unacceptable risk posed by conduct together point towards a need for the deterrent and retributive effect of criminal sanction, as opposed to a civil penalty*”. Infatti, molti reati minori (*minor criminal offenses*) potrebbero essere abrogati e rimpiazzati da sanzioni di tipo civilistico, lasciando al diritto penale esclusivamente quelle forme di offesa che siano serie (*serious wrongdoing*). Sul punto si veda IBID., pp. 568-569.

E' opportuno comunque precisare che alcuni Autori risultano non poco critici per quanto concerne l'utilizzo di *civil preventive orders* nel diritto inglese poiché privano l'imputato di una procedura di garanzia che sia veramente tale, aspetto che mal di concilia con l'entità della sanzione che viene

(C) La terza categoria di danno (*reactive harms*) condivide con la precedente il carattere indiretto della causazione dell'*harm*. Il danno può poi verificarsi in dipendenza della possibile prospettiva di realizzazione di esso o dalla sua attualità. In particolare: “*it is no objection under the harm principle that a harmless action was criminalized, nor even that an action with no tendency to cause harm was criminalized. It is enough to meet the demands of the harm principle that, if the action were not criminalized, that would be harmful*”¹⁸⁹.

Risulta evidente che tale tipologia di danno non può che essere marginale¹⁹⁰, trattandosi a differenza dei *primary harms*, di reati non *wrong-constituting*.

Considerata questa tripartizione, risulta evidente come il requisito della ingiustizia (*wrongfulness*) sia essenziale, in quanto è in grado di evitare che l'*harm principle* diventi un principio puramente strumentale.

Il principio del danno risulta pertanto essere un criterio di criminalizzazione articolato che comprende al suo interno varie sfaccettature, tali da comprendere quelle condotte che, solo indirettamente, siano causative di un danno¹⁹¹.

II. Altro tema che ha particolarmente interessato la più recente dottrina¹⁹² concerne la struttura dell'*offence principle*. In particolare, si è, da un lato, valorizzato

irrogata. Questo elemento, se deve essere adeguatamente tenuto in considerazione, non deve portare necessariamente a una criminalizzazione della condotta in oggetto. Il punto è quello di stabilire adeguati criteri e limiti alla criminalizzazione all'interno dell'area del diritto penale, in modo tale da evitare che una determinata condotta venga criminalizzata esclusivamente per beneficiare delle garanzie di tipo penalistico. Per i principi in virtù dei quali effettuare una scelta di criminalizzazione, si veda ASWORTH A. – ZEDNER L., *Prevention and Criminalization: Justifications and Limits*, cit., p. 571.

¹⁸⁹ SIMESTER A.P. – VON HIRSCH A., *Crimes, Harms, and wrongs. On the Principles of Criminalisation*, cit., p. 47.

¹⁹⁰ IBID., p. 48. In tali casi, il *wrong* deve essere stabilito indipendentemente dal danno, diventando, l'elemento della *wrongfulness*, particolarmente rilevante. Allo stesso tempo, risulta centrale il carattere e la serietà del *wrong*, dato che non è possibile considerare una condotta come illecita o ingiusta in se stessa considerata.

¹⁹¹ IBID., p. 52. In particolare: “*the requirement for wrongfulness prevents the Harm Principle from becoming a purely instrumental principle. Nonetheless, the requirement for harm is instrumental – the link to harm does not have to be intrinsic. Thus it is misreading of the Harm Principle and, as we shall see in Part III, a misguided attempt to distinguish it from the Offence Principle, to tie the Harm Principle to intrinsically harmful actions. The Principle is about wrongful actions that lead to harm. But those actions need not be harmful in themselves. It is quite possible, especially in cases of purely offensive conduct, that the victim may be wronged yet suffer no set-back to his interests*”.

¹⁹² SIMESTER A.P. – VON HIRSCH A., *Crimes, Harms, and wrongs. On the Principles of Criminalisation*, cit., p. 91.

l'aspetto del *wrong*¹⁹³, riducendo di conseguenza l'ambito di applicazione del criterio dell'*offence* e, dall'altro, si è riflettuto sul concetto di *interesse* (*stake*). Di quest'ultimo, la più recente dottrina¹⁹⁴ ha dato un'interpretazione più ampia¹⁹⁵. Di particolare interesse risulta il dibattito sul principio della molestia.

(A) Come è noto, nella teoria di Feinberg, l'*offence principle* si risolve in un "affronto" alla sensibilità di una persona idoneo a provocare un'esperienza psicologica spiacevole. Il legislatore dovrà, dunque, valutare l'impatto di quella condotta sugli spettatori, valutando elementi quali l'entità dell'"affronto", la sua *evitabilità* e così via. Inoltre, l'importanza della condotta è esaminata dal punto di vista del soggetto agente: "*the more central the conduct is to an actor's way of life, the grater is the claim not to have the conduct prohibited*". Ecco che in questo senso viene applicato quello che può essere definito uno *Standard of Alternative Opportunities*¹⁹⁶.

Parte della dottrina successiva, valorizzando l'elemento del *wrong*, pone piuttosto l'accento sulla "mancanza di rispetto" nei confronti degli altri, e, dunque, sugli effetti che possono essere causati dalla condotta.

¹⁹³ E' possibile inoltre aggiungere che: "*While both the Harm and the Offence Principles require wrongdoing, the wrong required by the Harm Principle has no special marque, and tends to vary according to the harm involved. By contrast, the wrong of offence is independently a communicative wrong, one that does not arise in virtue of any further consequence [... in fact] we noted that offensive conduct is characteristically a form of expressive action [...] This feature is distinctive of the Offence principle. In turn, because of the expressive nature of the wrong being assessed for criminalisation, the internal structure of the Offence Principle differs from that of the Harm Principle. Hence the Principles exist separately*", si veda IBID., p. 120.

¹⁹⁴ VON HIRSCH A., *I concetti di "danno" e "molestia" come criteri politico-criminali nell'ambito della dottrina penalistica angloamericana*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentali e anglo-americana a confronto* (a cura di Fiandaca G. – Francolini G.), Giappichelli, Torino, 2008, p. 30.

¹⁹⁵ L'interesse non è altro che una risorsa sulla quale la persona ha una pretesa di natura morale o legale. La compromissione di essa provoca pertanto un danno. E' opportuno ricordare quali siano gli elementi fondamentali del concetto di "risorsa". Questa deve sussistere da un lungo periodo e non deve essere necessariamente materiale; inoltre, deve riguardare il benessere personale del soggetto; e, infine, deve sussistere indipendentemente dalla consapevolezza di esso. Il soggetto ha un interesse nel momento in cui detiene un diritto normativamente riconosciuto di vedersi garantita una risorsa. In questo senso, non è necessario che il diritto si basi unicamente sulla legge penale, rischiando altrimenti il ragionamento di diventare circolare, e potrà dunque basarsi anche sulla legge civile. Questa parte della dottrina propone anche di parlare di "*interferenza o intrusione*", piuttosto che di "*peggioramento*" come fa Feinberg, poiché l'intrusione può realizzarsi anche qualora non si verifichi un effetto deleterio sul diritto che causi un arretramento o una diminuzione. Si veda VON HIRSCH A., *I concetti di "danno" e "molestia" come criteri politico-criminali nell'ambito della dottrina penalistica angloamericana*, cit., p. 32. L'Autore suggerisce, pertanto, di seguire il concetto di *violazione* da lui utilizzato poiché pone l'accento sulla caratteristica dell'*harm principle* relativa alla centralità del concetto di qualità della vita collegato col benessere dell'individuo.

¹⁹⁶ IBID., p. 93.

La capacità di provocare un “*affronto*” non risulta pertanto sufficiente dato che l’elemento del *wrong* non deriva direttamente da essa. In particolare si afferma: “*in turn the normative power of the offence principle arises not from Feinberg’s posited ‘right’ not to be affronted, but from the right that we each have to be treated with consideration and respect. Rather than requiring that persons subordinate their behaviour to the fickle sensibilities of others, it helps to articulate the idea that each individual is valuable and should be treated as such*”¹⁹⁷.

Il principio della molestia, così come elaborato da Joel Feinberg ha subito, pertanto, una vera e propria interpretazione correttiva.

Esso infatti deve essere distinto dal principio del danno, non potendo essere considerato sua mera *species*¹⁹⁸.

¹⁹⁷ IBID., p. 100.

¹⁹⁸ VON HIRSCH A., *I concetti di “danno” e “molestia” come criteri politico-criminali nell’ambito della dottrina penalistica angloamericana*, cit., p. 30. L’interpretazione che distingue il danno dalla molestia è stata recentemente criticata da altri Autori che mettono in discussione l’utilità di un separato *offence principle*, incentrando il proprio lavoro su una teoria costituzionalmente orientata del principio della molestia. In VON HIRSCH A., *I concetti di “danno” e “molestia” come criteri politico-criminali nell’ambito della dottrina penalistica angloamericana*, cit., p. 30. Si cita in proposito la giurista tedesca Tatjana Hörnle. L’Autrice suggerisce che la criminalizzazione di condotte moleste venga spiegato attraverso la teoria tedesca del catalogo di diritti costituzionalmente rilevanti. Si veda sul punto SIMESTER A.P. – VON HIRSCH A., *Crimes, Harms, and wrongs. On the Principles of Criminalisation*, cit., p. 134. Commentando tale teoria, gli Autori affermano che “*our basic reservation about Hörnle analysis is that, by tying offence prohibitions to central constitutional values concerning individual dignity and equal respect, she unduly narrows the scope of mediating principles that can mitigate the case for prohibition. In fact that the particular wrong has constitutional significance is to make a difference in her analysis, it restricts the potential for such countervailing concerns to prevail*”. In altre parole, se le garanzie costituzionali sono garanzie civili di libertà che hanno come scopo primario quello di proteggere gli individui dall’eccessiva ingerenza dello Stato, usarle come base per la penalizzazione snaturerebbe la loro normale funzione aumentando le possibilità che l’individuo sia esposto al controllo statale. Inoltre, la limitazione di tale approccio deriva anche dalla sua dipendenza dalle norme positive. Il rischio è quello di fornire, basando le ragioni della criminalizzazione sulla legittimazione costituzionale, un’eccessiva e incondizionata legittimazione a tali proibizioni. La concezione in parola, se potrebbe andare bene per comportamenti molesti che infrangano elevati valori costituzionali, risulta problematica per quanto riguarda forme di molestia intermedie, si veda sul punto VON HIRSCH A., *I concetti di “danno” e “molestia” come criteri politico-criminali nell’ambito della dottrina penalistica angloamericana*, cit., p. 40. Quanto alla distinzione tra il danno e la molestia, quest’ultima non coinvolge interessi a lungo termine del soggetto e potrebbe provocare conseguenze solo momentanee. Inoltre, l’*offence* poggia su un concetto empirico dato che dipende dalla coscienza del comportamento dell’altro soggetto da parte di colui che assiste [ancora sul punto, SIMESTER A.P. – VON HIRSCH A., *Crimes, Harms, and wrongs. On the Principles of Criminalisation*, cit., p. 111; si veda anche SIMESTER A. P. – VON HIRSCH A., *Rethinking the Offense Principle*, in *Legal Theory*, 2002, 8, 269]. A differire è, infatti, la struttura dei due principi. Alcuni Autori, come Simester e Von Hirsch, criticano, infatti, la struttura dell’*offence principle* di Feinberg nella misura in cui questi fa dipendere in maniera determinante la sua esistenza dai fattori di mediazione. La distinzione verte sul fatto che questi fattori operano, nella loro visione, in maniera diversa e con un ambito più ristretto¹⁹⁸. Gli Autori, op. cit., p. 124, infatti, affermano che i *mediating principles* di Feinberg sono strutturati nell’ottica di bilanciare un concetto ampio di *offence*.

E' opportuno pertanto ricordare le *principali caratteristiche del concetto di molestia*. In particolare, la molestia attiene, in primo luogo, alla sfera pubblica – gli insulti che si consumano in un contesto privato non possono essere ricompresi nel concetto di *offence*¹⁹⁹ –; in secondo luogo, la molestia non riguarda risorse durevoli esistenti da un lungo periodo, ma si caratterizza per conseguenze spesso di tipo momentaneo; infine, essa dipende dalla personale consapevolezza del soggetto passivo del reato²⁰⁰.

Ebbene, secondo alcuni Autori, la prospettiva di Feinberg, se ha il merito di distinguere il danno dalla molestia, risolvendosi questa in un affronto alla sensibilità individuale di interessi anche non durevoli, pecca per eccessivo soggettivismo. Infatti, quasi ogni azione che un soggetto compie in pubblico può infastidire un altro soggetto. Creare però una situazione spiacevole non è abbastanza. In questa prospettiva, pertanto, la soddisfazione del requisito della pubblicità dello spazio in cui la condotta deve verificarsi con effetto negativo sulla vivibilità o qualità dell'ambiente stesso, si combina con quello della *wrongfulness* inteso, con un'ulteriore ragione normativa, come grave mancanza di rispetto o considerazione nei termini prima precisati²⁰¹.

Questa versione dell'*offence principle* si distingue da quella di Feinberg “*perché propone di determinare l'antigiuridicità della condotta molesta prima di*

In particolare, possiamo leggere che: “*ultimately, the conclusion is very much dependent on how intensely and how widely the conduct is disliked. Within our approach, however, upsetting behaviour is not even presumptively offensive: reasons must be given why the behaviour is insulting, exhibitionist, or the like. Consequently, some of the considerations that Feinberg treats as weighing factors have a different status in our analysis. On our view, the ‘reasonable avoidability’ of the conduct weighs against criminalisation. It ordinarily militates against criminalising purportedly offensive behaviour conducted in private. But it is no absolute bar to criminalising such conduct; if sufficient numbers were upset by ‘the very thought’ of the behaviour occurring behind closed doors, Feinberg admits, it could be prohibited. On our analysis, the presence of an audience would be no mere weighing factor, but a necessary part of the reasons that make conduct offensive in the first place. Exhibitionist conduct, for example, involves compelling others to witness certain intimate behaviour. It cannot occur unwitnessed*”.

¹⁹⁹ VON HIRSCH A., *I concetti di “danno” e “molestia” come criteri politico-criminali nell’ambito della dottrina penalistica angloamericana*, cit., p. 37. L’Autore specifica come nei contesti privati, le garanzie per l’intervento dello Stato diminuiscono. L’interazione in tali casi avviene tra persone che scelgono di associarsi le une alle altre. Così il requisito della vivibilità o utilizzabilità dell’ambiente pubblico ha meno possibilità di essere adempiuta. Pertanto anche qualora la condotta fosse da ritenere un *wrong*, secondo aspetto caratteristico della molestia, la criminalizzazione non sarebbe appropriata. Resta comunque possibile che comportamenti molesti che non abbiano carattere pubblico possano essere criminalizzati non tanto sotto il principio della molestia ma sotto il principio del danno (o, se lo si ammettesse, ricorrendo al principio del moralismo giuridico).

²⁰⁰ IBID., p. 35.

²⁰¹ IBID., p. 36.

*fare applicazione delle massime di mediazione, [...] e soprattutto suggerisce di individuare il wrong sulla base di un genere di parametri che rischiano di avvicinarsi molto alla valutazione della ragionevolezza dell'offence che il filosofo americano ha escluso in modo ponderato dalla sfera delle deliberazioni legislative*²⁰².

Nonostante il rischio che il principio venga determinato sulla base di una dittatura della maggioranza, attenta dottrina²⁰³ ha evidenziato come il correttivo *non* risulti comunque risolutivo. Esso infatti finisce solo con lo spostare il problema della determinazione dell'antigiuridicità. In altre parole: quando sussiste una mancanza di riguardo nei confronti di una persona? E allora, o si fa riferimento a un'opinione dominante, che probabilmente, in materia di *offence*, sarebbe moralisticamente connotata, oppure si ha riguardo a un criterio di ragionevolezza assoluto che Feinberg ha voluto escludere. Ma soprattutto, l'idea di una "mancanza di rispetto" è essa stessa caratterizzabile in via soggettiva, con rischio di andare a tutelare meri sentimenti.

Si è proposto²⁰⁴ così un emendamento di diverso tipo che può essere individuato nel fatto che le ragioni che portano al bilanciamento feinberghiano non devono essere né escluse – come suggerisce il filosofo statunitense – né operare prima e fuori di esso – come propongono Von Hirsch e Simester. Esse devono far parte integrante del bilanciamento nell'ottica di una democrazia discorsiva.

(B) Sotto altro profilo, il principio della molestia, nella sua portata delimitativa esterna, è risultato non del tutto soddisfacente.

Un primo profilo problematico è stato rinvenuto nel concetto di danno pubblico. Infatti se nell'ottica di Feinberg, la violazione di un diritto altrui determinata dal comportamento molesto, deve realizzarsi in pubblico, una tale visione rischia di essere eccessivamente individualista²⁰⁵. Come è noto, questo rischio era stato scongiurato, nell'ottica continentale, attraverso la teoria del bene giuridico, la quale ammetteva la coercizione penale al di là della mera violazione del

²⁰² FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, cit., p. 232.

²⁰³ IBID., pp. 234 ss.

²⁰⁴ IBID., pp. 236 ss.

²⁰⁵ IBID., p. 228.

diritto soggettivo quando si trattava di materie attinenti all'area dell'*offence principle*.

A ben vedere però la teoria di Feinberg lascia una possibilità di ingresso ai valori superindividuali, attraverso la nozione di danno pubblico. Si ammette infatti che trovino tutela all'interno dell'area dell'*offence* anche le *profound offenses* nei termini che si sono detti. Ciò che deve però sussistere è un nesso causale tra la pratica molesta e il danno sociale²⁰⁶. Nonostante i rischi della nozione di danno sociale – si ricorderà la teoria di Lord Devlin – è necessario che il ragionamento non venga fatto in ottica ideologica.

Il problema, risolvibile nei termini di cui diremo nell'ultimo capitolo, attiene al fatto che l'*offence principle*, così come quello del danno, possono risultare coerenti solo laddove il legislatore scelga di essere liberale.

III. La più recente dottrina ha anche elaborato un ampio dibattito in tema di paternalismo, a seguito della teoria di Joel Feinberg²⁰⁷.

Alcuni Autori²⁰⁸ dissentono da quella ricostruzione per quanto riguarda la nozione di autonomia personale. Se Feinberg la ricostruisce nei termini di sovranità assoluta su se stessi, essi ritengono, che tale visione sia troppo drastica giacché un qualche bilanciamento potrebbe essere possibile, per esempio tra il diritto all'autonomia personale con il bene di volta in volta messo a repentaglio del singolo.

Altri Autori²⁰⁹ ritengono che qualche forma di “limitato paternalismo”, anche *hard*, sia ammissibile. Si tratta di quei casi in cui la scelta del soggetto, malgrado volontaria, sia così evidentemente contraria agli obiettivi a lungo termine dello stesso da rendere dubbio che una simile scelta possa considerarsi davvero duratura. Si

²⁰⁶ IBID., p. 229.

²⁰⁷ Si veda sul punto l'analisi di CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentali e anglo-americane a confronto*, cit., p. 97.

²⁰⁸ IBID., p. 97. L'Autore cita SHAFER-LANDAU R., *Liberalism and Paternalism*, in *Law and Theory*, 11, 2005, 169 e HUSAK D., *Droghe illecite: un test dei “limiti morali del diritto penale di Joel Feinberg*, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law* (a cura di Cadoppi A.), Giuffrè, Milano, 2010.

²⁰⁹ CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentali e anglo-americane a confronto*, cit., p. 97. L'Autore cita KLEINIG J., *Paternalism*, Manchester University Press, Manchester, 1983, Dworkin G., *Paternalism*, in *The monist*, 1972, ID., *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, Von Hirsch A., *Direct Paternalism: Punishing the Perpetrators of Self-Harm*, 2008, 5, Intellectum, 7.

ammette così un intervento limitato nel tempo, al fine di far “meglio riflettere” il soggetto e fornirgli il tempo di revocare la propria decisione. Poiché però essi vedono nell'autonomia personale un bene non bilanciabile, di fronte alla caparbia insistenza del soggetto, ogni intervento coattivo su di esso sarebbe comunque vietato. La parte della dottrina che nega valore assoluto all'autonomia personale, viceversa, giustifica interventi coattivi nei confronti del soggetto, anche dopo che sia trascorso il tempo di riflessione. Inoltre, alcuni Autori, tra cui lo stesso Hart, ammettono che in determinate ipotesi il paternalismo potrebbe risultare essere un legittimo principio di delimitazione della libertà. Quest'ultima forma è definita di paternalismo *fisico*, che si oppone al paternalismo morale come sottocategoria del moralismo giuridico, e che vieta alcune condotte tipicamente riconducibili, malgrado il consenso dell'interessato, all'interno dell'area del diritto penale. Si pensi all'omicidio del consenziente o a certe forme di lesioni²¹⁰.

E' opportuno segnalare che vi è chi giustifica un più generale ricorso al paternalismo in virtù del c.d. perfezionismo giuridico che si realizzerebbe ogni qual volta l'intervento coattivo sia giustificato per migliorare il carattere o le qualità morali di un consociato²¹¹.

Infine, non manca chi accoglie una visione moralistica del diritto penale con un riemergere delle opinioni di Lord Devlin e una creazione di una sorta di “neo-moralismo giuridico”²¹².

3.2. Gli aspetti generalmente condivisi della teoria dell'harm principle.

²¹⁰ CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentali e anglo-americane a confronto*, cit., p. 98.

²¹¹ IBID., p. 99. L'Autore chiarisce che secondo Richard Arneson tutti abbiamo un dovere morale di fare qualcosa di *worthwhile* (degno, utile) della nostra vita, mirando al nostro miglioramento nell'ottica di renderci più utili nei confronti della comunità. Inoltre, è possibile ricordare anche l'orientamento di Gabrio Forti, il quale ritiene che sia “compito del diritto penale di contribuire a che l'uomo sia in grado di sviluppare le proprie potenzialità umane, divenire un membro partecipe della comunità, ed acquisire un maggior senso di responsabilità sociale. In questo senso la proibizione potrebbe anche essere paternalistica, ovvero andar contro le aspirazioni attuali dell'individuo, per sviluppare nell'individuo stesso sensibilità e consuetudini diverse e più evolute”. Secondo Forti, infatti, il diritto penale di una generazione può diventare la morale di quella successiva, si veda op. cit., p. 99.

²¹² CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentali e anglo-americane a confronto*, cit., p. 100. Si pensi a POSTEMA G.J., *Politics is about Grievance: Feinberg on the Legal Enforcement of Morals*, in *Legal Theory*, 2005, 11, 293 e per tutti, DWORKIN G., *Devlin was Right: Law and the Enforcement of Morality*, in *William and Mary Law Rev.*, 1999, 40, 927.

Gli studiosi di *common law* accolgono generalmente due diversi approcci in materia di danno e molestia²¹³. Da un punto di vista descrittivo, come abbiamo visto, individuano alcuni difetti che hanno portato a una scarsa implementazione da un punto di vista della legislazione, quanto meno inglese²¹⁴. Da un punto di vista normativo, tale consapevolezza ha contribuito a perfezionare e fare emergere nuove teorie che combinano il principio del danno con altri ritenuti rilevanti.

Vi sono però una serie di aspetti della teoria, specie nell'ottica feinberghiana, che sono generalmente condivisi. *Lo stesso accoglimento del principio del danno e della molestia*, nonostante qualche opinione discorde, *risulta essere*, in dottrina, *il punto di partenza comune* per il dibattito in tema di criteri di legittimazione dell'intervento punitivo.

(A) In primo luogo, dato acquisito è la dimensione *morale e normativa* del principio del danno – elemento questo che ha influenzato con tutta probabilità anche il dibattito successivo sul tema.

Si è posta particolare attenzione sulla tipologia di interessi suscettibili di essere danneggiati e sulla conseguente classificazione dei danni sia per la parte dell'incriminazione che per quella del *sentencing*.

L'interesse preso in considerazione dal principio del danno deve dunque avere una valenza normativa²¹⁵, che secondo alcuni autori deve essere diviso in due distinte categorie²¹⁶.

La prima, che definisce i beni come “*intrinsically valuable goods*”, comporta che questi non derivino il loro valore da nessun altro e possano essere personali – si pensi alla salute o all'integrità personale – o interpersonali – si pensi alla *privacy*, alle scelte in materia sessuale, alla proprietà e così via – .

²¹³ PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., p. 9.

²¹⁴ Legislazione che viene descritta da alcuni come “*historically contingent, rather than governed by principles*” si veda PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., p. 9 il quale cita ASWORTH A., *Is the Criminal Law a Lost Cause?*, in *Law Quarterly Review*, 2000, London (UK), 226.

²¹⁵ *IBID.*, p. 10. Si veda in particolare SIMESTER A.P. – VON HIRSCH A., *Crimes, Harms, and wrongs. On the Principles of Criminalisation*, cit., p. 37.

²¹⁶ Si pensi a HORDER J., *Ashworth's Principles of Criminal Law*, 8th rev. ed., Oxford (UK), pp. 43-46. Cfr. anche PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., p. 10.

La seconda categoria fa riferimento ai c.d. *public goods* che sono funzionali agli interessi di una comunità (sicurezza, salute pubblica) e beni che sono aperti al godimento di qualsiasi soggetto (si pensi alla tutela dell'ambiente)²¹⁷.

Quanto al *sentencing*, molti Autori hanno proposto una griglia o una scala sulla base della quale misurare l'entità del danno²¹⁸.

(B) Un ulteriore dato acquisito è rappresentato dall'idea che sia l'effettiva causazione che il rischio di danno possano essere legittime ragioni per criminalizzare una condotta, nell'ottica del paradigma dell'*harm prevention*. Il principio include, infatti, sia il concetto di *injury* o *bad consequences* sia quello di rischio che tali situazioni effettivamente si verifichino²¹⁹.

Come abbiamo avuto modo di notare, un copioso dibattito si è sviluppato attorno al concetto di prevenzione del danno e alla sua estensione. Questo dibattito è particolarmente acceso specie per la proliferazione di *preventive offences*²²⁰.

In questo campo sono state identificate due diverse prospettive²²¹. Da un lato, vi è un approccio per così dire minimalista che vede nei reati che producono un

²¹⁷ I beni pubblici sono spesso fragili nella misura in cui, da un lato, vengono utilizzati da parte di molti, con il rischio di una loro erosione, e necessitano pertanto dell'intervento di ausilio da parte dello Stato e, dall'altro, sono di difficile tutela da parte delle istituzioni non statali chiamate a proteggerli. Il ruolo del diritto penale, secondo questa parte della dottrina [si veda HORDER J., *Ashworth's Principles of Criminal Law*, cit., pp. 50 ss. e anche PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., p. 10.] è centrale specie grazie alla creazione di *anticipatory (regulatory) offences* volte a impedire e a punire rischi di danno (*risks of harm*) inaccettabili, più che l'effettiva causazione dello stesso. Questa tipologia di reati risulta molto spesso in tensione con altri principi: si pensi al principio di proporzione e al principio di minima criminalizzazione. Inoltre, quanto al loro accertamento, questo dipende spesso dal giudizio del funzionario deputato a risolvere la questione (*expert officials*)²¹⁷.

²¹⁸ PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., p. 11. Si pensi a BAKER D.J., *Constitutionalizing the Harm Principle*, in *Criminal Justice Ethics*, 27(2), 2008, New York (NY, US), 17, o ancora, VON HIRSCH A. – JAREBORG N., *Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 11(1), 1991, Oxford (UK), 28. Questi ultimi Autori suggeriscono una scala di danno in cinque punti: *grave, serious, upper-intermediate, lower-intermediate and lesser*, “based on five different levels of the living standard intruded upon (*subsistence, minimal well-being, adequate well-being, enhanced well-being, living standard not affected or marginally so*) and flexible enough to allow for within-category variations”.

²¹⁹ PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., p. 11.

²²⁰ *IBID.*, p. 12. L'Autore precisa come questi reati comprendano le *inchoate offences* (come per esempio *attempt, conspiracy* o *assisting and encouraging crime*) e un certo numero di *harmless* o *remotely harmful conducts* che puniscono determinate condotte a scopo preventivo (come *pre-inchoate crimes, crimes of possession, crimes of membership, crimes of endangerment*). Si veda sul punto ASWORTH A. – ZEDNER L., *Prevention and Criminalization: Justifications and Limits*, in *New Criminal Law Review*, 15, 2012, Oakland (CA), 542.

danno, lo scopo primario del diritto penale (*the building blocks*)²²² e relegano il rischio di danno a uno scopo meramente secondario. Dall'altro lato, vi è un ulteriore approccio che viene definito come “*the anticipatory perspective on criminalisation*”²²³ che sostiene l'idea che la prevenzione del danno possa essere perseguita in una fase in cui la condotta non abbia raggiunto un livello di sviluppo tale da far intravedere l'effettiva causazione di un *harm*²²⁴.

(C) Un ulteriore aspetto per così dire acquisito, nell'ambito del dibattito di *common law*, è la correlazione necessaria tra *harm principle* e altri principi.

Si pensi, in primo luogo, al principio di autonomia individuale, secondo il quale gli individui sono capaci di scelte libere e razionali (*factual element*) e dovrebbero essere rispettati e trattati in quanto tali (*normative element*). In questo senso, lo Stato deve lasciare liberi i soggetti di agire e la giustificazione del diritto penale deve essere rinvenuta nella promozione di un pieno sviluppo dell'autonomia personale e non in una sua restrizione²²⁵.

Si pensi, ancora, al principio del *welfare* e quello che ruota attorno al concetto di approccio minimalista al diritto penale²²⁶. Il primo richiede che lo Stato svolga una funzione di promozione dell'autonomia personale bilanciando contrastanti esigenze in tema di tutela di interessi della collettività e di sicurezza. Quanto poi all'approccio minimalista, vengono in gioco diversi altri principi, come il rispetto dei diritti umani, il diritto a non essere soggetto alla sanzione punitiva dello Stato, il principio secondo il quale il diritto penale non dovrebbe essere chiamato in causa a meno che altri

²²¹ PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., p. 12. L'Autore cita HORDER J., *Harmless Wrongdoing and the Anticipatory Perspective on Criminalisation*, in *Seeking Security, Pre-Empting the Commission of Criminal Harms* (a cura di Sullivan G.R. – Dennis I. eds.), Oxford (UK), 2012.

²²² PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., p. 12. Si tratta di ASWORTH A. – HORDER J., *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford (UK), 2013, p. 28.

²²³ Questo secondo approccio è quello seguito da Jeremy Horder.

²²⁴ Questa dicotomia è stata criticata da parte della dottrina poiché non riesce a offrire la complessità delle posizioni coinvolte, si veda PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., p. 12. Ad ogni buon conto, anche chi afferma che compito del diritto penale sia quello di concentrarsi primariamente sull'effettiva causazione del danno, non nega l'ammissibilità della criminalizzazione delle condotte che provocano un mero rischio di danno, nel rispetto, comunque, di altri principi fondamentali. Il problema centrale verte sul grado di rischio ammissibile.

²²⁵ *IBID.*, p. 14. Uno dei maggiori sostenitori di questa idea, oltre a Feinberg, come del resto abbiamo visto, è Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford (UK), 1986.

²²⁶ ASWORTH A. – HORDER J., *Principles of Criminal Law*, cit., p. 26.

strumenti non siano da considerarsi inadeguati o, ancora, il principio secondo il quale le condotte non dovrebbero essere criminalizzate nel caso in cui questa circostanza sia idonea a condurre a effetti peggiori di quanto una riconduzione della condotta nell'area della liceità non faccia presagire²²⁷.

(D) Un ultimo elemento generalmente condiviso da parte della più recente dottrina è rappresentato dalla valorizzazione di *alternative* al diritto penale, come le *administrative* e *regulatory offences* in applicazione del principio di *last resort*. Bisogna però evidenziare i dubbi che sono emersi, nella dottrina inglese, quanto all'utilizzo di *civil preventive orders* (come gli ASBOs) che incidono in maniera assai restrittiva sulla vita del soggetto, alla stregua degli strumenti più strettamente penalistici, ma che non sono corredati dal rispetto di garanzie personali tipiche della giustizia penale, comportando di conseguenza una “*subversion of criminal law*”²²⁸.

3.3. L'impatto dell'harm principle sulla più recente giurisprudenza di common law: la particolare resistenza della case-law inglese.

Ebbene, se questo è lo stato del più recente dibattito dottrinale in tema di principio del danno, è ora opportuno indagare quale sia, da un punto di vista applicativo, il suo impatto sulla più recente giurisprudenza.

Come è noto il principio del danno e della molestia, se sono generalmente riconosciuti quali criteri che fondano la legittimazione del potere punitivo dello Stato, non trovano però espresso riconoscimento nella legislazione inglese.

La mancanza di una disposizione espressa risulta ancor più caratterizzante il sistema di *common law* se si considera che, in Inghilterra, ad esempio, non vige una

²²⁷ PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., p. 14. Vi sono poi una serie di principi per evitare una criminalizzazione troppo anticipata ASWORTH A. – ZEDNER L., *Prevention and Criminalization: Justifications and Limits*, cit. Poi, HUSAK D., *Overcriminalization. Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, ai capitoli 2 e 3 evidenzia una serie di considerazioni che partono dal principio per cui il soggetto ha un diritto a non essere punito: “1) *crimes must be designed to proscribe a harm or evil*, 2) *criminal conduct must be wrongful*, 3) *persons may only be punished according to their desert*, 4) *the state must bear the burden of proof to justify a penal offense*, 5) *a criminal offense is unjustified unless the government has a substantial interest in enacting it*, 6) *the statute must directly advance the government's purpose*, and 7) *the law must be no more extensive than necessary to achieve its objective*”.

²²⁸ PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., p. 15.

Costituzione scritta all'interno della quale dare rilevanza costituzionale al principio del danno, come accade invece nel nostro Paese a proposito dell'offensività.

In seconda battuta, è opportuno rilevare come il Parlamento inglese non appaia considerarsi vincolato al rispetto del principio del danno. In tale ottica²²⁹, è possibile considerare le molteplici fattispecie che sono costruite da condotte prive di danno (*harmless conduct*).

Di conseguenza, si ha la sensazione che che il principio del danno *non* sia mai stato impiegato per dare “risposte di sistema” nell'ottica di un diritto penale *fondato* sul danno – un po' come nel nostro ordinamento è stato fatto, invece, in tema di offensività – ma sia stato usato, piuttosto, per risolvere singole questioni relative all'emersione di problemi contingenti.

Queste considerazioni giocano un ruolo centrale se si considera che anche le corti inglesi dimostrano una particolare resistenza nella sua applicazione. Si pensi in particolare alla giurisprudenza che sarebbe da noi collocabile all'interno dell'area del reato impossibile²³⁰ o, ancora, alla giurisprudenza che intravede quale fondamento giustificativo del diritto penale non solo la sicurezza e l'ordine della società, ma anche, con note fortemente moralizzatrici, alla tutela del benessere morale (*moral welfare*) dello Stato. Si fa riferimento al caso *Shaw v. DPP*²³¹.

Ancora più interessante, dal nostro punto di vista, è la sentenza *Brown*, citata in precedenza, che risolvendo il caso presentando davanti alla Corte, accoglie una visione decisamente moralistica del diritto penale.

In particolare, gli appellanti erano stati condannati per una violenza privata (*assault*) che aveva provocato un danno all'integrità fisica, senza che ciò comportasse però delle mutilazioni. Il soggetto aveva intenzionalmente inflitto violenza durante un incontro sadomasochistico tra soggetti omosessuali consenzienti. La Corte ritenne che quella violenza sadica comportava non solo una degradazione della vittima ma anche un *pericolo più generale* per i partecipanti all'incontro, oltre a

²²⁹ IBID., p. 15.

²³⁰ Per un'interessante analisi sul punto si veda IBID., p. 16 e, in particolare, i casi *Anderton v. Ryan* [1985] AC 560 e *R v. Shivpuri* [1987] AC 1.

²³¹ [1962] AC 220. Il caso è stato poi seguito dalla sentenza della *House of Lords* in *Kneller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd v. DPP* [1973] AC 435. Si veda PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., p. 17.

un rischio non prevedibile. La Corte però, ed è quello che qui interessa maggiormente, enfatizza il rischio di corruzione dei più giovani che potrebbe essere causato da tale condotta, considerato in special modo che alcuni soggetti erano minori di 21 anni. La Corte afferma così, con parole che ricordano la tesi di Lord Devlin, che: “*society is entitled and bound to protect itself against a cult of violence. Pleasure derived from the infliction of pain is an evil thing. Cruelty is uncivilised*”.

Se si richiama una rigorosa applicazione degli istituti penalistici, in realtà, il consenso dovrebbe comportare il venir meno dell'elemento dell'ingiustizia (*wrongfulness*)²³², con la conseguenza che la condotta non dovrebbe essere ritenuta meritevole di tutela penale, non essendo rinvenibile alcuna compromissione dell'autonomia individuale. Il dato problematico è, infatti, rappresentato dal fatto che la decisione della Corte non è incentrata sulla causazione di un danno, privato, o di un suo rischio, ma sulla circostanza che tale tipo di condotta sessuale possa cagionare un *danno alla società* nel suo complesso. La debolezza del ragionamento è dimostrata anche dal fatto che non vengono forniti dati empirici a supporto²³³.

Così enunciata, la sentenza di colloca all'interno di una delle più rigorose applicazioni dei principi del moralismo e paternalismo giuridico. Peraltro, è interessante notare che in casi diversi dall'applicazione del principio del danno alla sfera della lesione all'integrità nella sfera non sessuale, si pensi, per tutti, agli sport, l'orientamento della Corte era stato ben diverso.

Ancora, nel caso *Wilson*²³⁴ l'imputato venne assolto dopo aver tatuato le sue iniziali sul fondoschiena della moglie, consenziente, con la lama bollente di un coltello. Alla luce dei due diversi dispositivi, è possibile chiedersi se la circostanza che nel caso *Brown* si trattasse di un rapporto omosessuale possa aver giocato un qualche ruolo, specie se si considera che le lesioni provocate erano di entità minore rispetto a quelle del caso *Wilson*. La Corte però in tale ultimo caso afferma che deve discostarsi dal caso *Brown* poiché la condotta lesiva poteva essere equiparata alla

²³² PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., p. 18.

²³³ Interessante è notare, come fa PASCULLI L., op. cit., p. 18, che la Corte europea dei diritti umani aveva sostenuto la decisione della *House of Lords* sulla base della necessità di proteggere la salute e non la morale, ex art. 8 par. 2 della CEDU.

²³⁴ [1997] QB 47 (CA).

realizzazione di un tatuaggio, non meritevole di interesse sotto un profilo pubblicistico²³⁵.

Come si può notare, dunque, la legislazione inglese e la *case-law* stentano ancora a fare del principio del danno e della molestia il criterio fondante l'intervento penale, potendosi intravedere sacche di moralismo che difficilmente risultano essere compatibili con istanze di secolarizzazione proprie della stessa teoria liberale dell'*harm principle*²³⁶.

3.4. Le differenze tra la prospettiva statunitense e quella inglese sul tema: il dibattito nord-americano sulla costituzionalizzazione del *principle of harm* e il lavoro della US Supreme Court.

Lo studio dell'*harm e offence principle* può essere agevolmente condotto in chiave unitaria comprendendo sia il dibattito inglese che quello nord-americano all'interno di un più generale dibattito "*di common law*" sul punto. Ciò per varie ragioni.

In primo luogo, si tratta di una discussione che tendenzialmente verte su *principi generali* che sono rivolti all'ipotetico legislatore per capire quali condotte siano meritevoli di tutela penale e sulla base di quali criteri. Si ricorderà come lo stesso Feinberg fosse uno studioso americano, fortemente influenzato da Mill, inglese, e come il primo abbia, a sua volta influenzato il dibattito tanto inglese che statunitense sul tema.

In secondo luogo, è noto che idee e materiali circolano in maniera abbastanza unitaria e costante nei Paesi di *common law*, molto più di quanto non avvenga in quelli di *civil law*, condividendo essi origini e terreno culturale.

²³⁵ Casi molto dibattuti, in Inghilterra come in Italia, risultano essere il possesso di materiale pedopornografico con minori realizzati virtualmente, così come il possesso di immagini di pornografia estrema, rispettivamente puniti dalla sezione 62 del *Coroners and Justice Act 2009* e della sezione 63 del *Criminal Justice and Immigration Act 2008*. Si veda PASCULLI L., op. cit., p. 19.

²³⁶ IBID., p. 20. L'Autore aggiunge che l'unico dato certo e condiviso è quello della necessaria materialità della condotta, in ossequio al principio *cogitationis poenam nemo patitur*. Il punto però è che: "*the criminal character of this act, however, may derive purely from the author's intentions, rather than from its harmfulness. In practice, the only mechanism currently enabling to keep into account the concrete harmlessness of a behaviour already defines as criminal legislator in order to avoid unjust convictions resides within the scope of the prosecution's discretion not to prosecute*".

Ciò detto, è opportuno però chiarire che i due sistemi, sebbene simili, divergono per quanto concerne alcuni aspetti fondamentali, idonei a influenzarne il dibattito.

In prima battuta, come vedremo, sebbene si possa parlare di un dibattito “comune” all’area di *common law* sul principio del danno, la giurisprudenza inglese, particolarmente resistente all’applicazione del principio del danno, si distingue da quella nord-americana, decisamente più aperta ad accogliere la dialettica dell’*harm principle* per la soluzione di diverse questioni, non solo penali.

Inoltre, mentre in Inghilterra non vige alcuna forma di costituzione scritta che sia idonea a fungere da parametro di legittimità costituzionale delle norme, e che faccia assurgere un principio a costituzionalmente rilevante così come noi lo intenderemmo, negli Stati Uniti una costituzione scritta c’è, come pure un controllo, diffuso, di costituzionalità delle leggi. Questo aspetto è in grado di influenzare il dibattito dato che, qualora si elevi il principio del danno a principio costituzionale, il legislatore sarebbe di conseguenza vincolato al suo rispetto.

Recentemente, infatti, parte della dottrina²³⁷ ha evidenziato che una costituzionalizzazione del principio del danno potrebbe *garantire* in maniera più efficace al cittadino di non essere incarcerato, a meno che questi “*non lo meriti effettivamente*”. Se la presenza di un rischio di danno e della colpevolezza dell’agente (*culpability*) sono elementi sufficienti a ritenere una condotta come penalmente rilevante, il legislatore è chiamato comunque a *dimostrare* che si tratta di una condotta che provoca una conseguenza dannosa di qualche tipo²³⁸.

Tale dibattito, sviluppatosi prevalentemente negli Stati Uniti, mostra come il tema del principio del danno abbia conosciuto sviluppi diversi all’interno dei due ordinamenti di *common law*, anche in virtù delle caratteristiche proprie dei due sistemi. Negli USA, infatti, la dottrina più recente ha proposto una costituzionalizzazione del principio del danno e, inoltre, le corti hanno spesso

²³⁷ BAKER D.J., *Constitutionalizing the Harm Principle*, in *Criminal Justice Ethics*, 27(2), 2008, New York (NY, US), 17, p. 3.

²³⁸ Il dibattito in tema di costituzionalizzazione dell’*harm principle* riguarda non tanto la questione se lo Stato possa o non possa criminalizzare una certa condotta, ma *quando* sia legittimo privare il soggetto della libertà personale attraverso la *detenzione*, onde evitare l’incriminazione di mere situazioni di *harmless wrongdoing*.

chiamato in causa il principio a fondamento di una decisione, peraltro di frequente in chiave *liberal*²³⁹.

In ogni caso, la problematicità di una costituzionalizzazione del principio del danno è un aspetto che risulta essere ben considerato.

In primo luogo esso si distingue dagli altri principi costituzionali poiché concerne un ampio concetto di diritto di libertà, mentre, invece, i diritti costituzionali riguardano delle forme specifiche di libertà, si pensi alla libertà di parola. In secondo luogo, i diritti costituzionali hanno forza legale cogente nei confronti del legislatore. Si afferma infatti che “*the fundamentally important rights that have been constitutionalized in the United States, Europe, and Canada are objective moral rights that have normative authority. Such rights can only be taken seriously if objective moral reasons of greater weight are produced to justify overriding them*”²⁴⁰.

Ciò detto, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha lavorato non solo sui precedenti e sul testo della Costituzione, ma anche su principi morali, come appunto l’*harm principle* quando ha interpretato i diritti costituzionali fondamentali. Si pensi alla ricostruzione del diritto alla *privacy*²⁴¹ o alla fuoriuscita delle condotte omosessuali dall’area del penalmente rilevante²⁴².

²³⁹ Si pensi a tal proposito alle problematiche relative al rifiuto di cure.

²⁴⁰ BAKER D.J., *Constitutionalizing the Harm Principle*, cit., p. 9. L’Autore aggiunge poi che: “*A normative reading of the U.S. Constitution requires judges to decide cases by choosing the interpretation that accords with the underlying principles of morality that are the Bill of Rights’ raison d’être. Human rights are deontological constraints and as far as they have been constitutionalized, judges have to interpret them with reference to the moral rationale of the right, evolving societal standards, precedent, and past practice. The judge will be constrained not only by the text of the Constitution, but also by the moral aim of the right being interpreted. If a judge’s interpretation of a given right is too far removed from the general moral purpose that the right was designed to serve, then it will lack validity. [...] The U.S. Supreme Court has repeatedly referred to moral principles to achieve the moral aims of various constitutional rights*”.

²⁴¹ IBID., p. 10. In particolare: “*In the United States, the right of privacy delineated in Griswold v. Connecticut [381 U.S. 479, 484 (1965)] was not an enumerated right; rather, it was constructed from the privacy interests that are implicit in the First, Third, Fourth, Fifth, and Ninth Amendments. [...] The unifying theme for the general presumption of liberty found in these provisions is based on John Stuart Mill’s idea that individuals should have a private sphere in which they are free to make decisions about their personal affairs without state intervention and free from unwarranted, unsolicited intervention by other uninvited individuals. [...] The privacy cases, inter alia, demonstrate that the courts have repeatedly drawn on not only precedent and the text of the Constitution, but also on objective moral principles such as the Harm Principle when interpreting the scope of fundamental rights*”.

²⁴² IBID., pp. 10-11: “*More significantly, in Commonwealth v. Bonadio [415 A. 2d 47, 96-98 (1980)] the court constructed an objective justification based on harm and personal autonomy to strike down a law criminalizing homosexuals*”.

In ogni caso, il riferimento alla rilevanza, in via interpretativa, di principi morali, non dà alla Corte Suprema carta bianca per quanto riguarda la creazione di nuovi diritti che non rientrano nell'ambito applicativo di quello direttamente considerato.

In particolare²⁴³, la costituzionalizzazione del principio del danno è stata proposta, dagli studiosi americani o sulla scia del riconoscimento della portata costituzionale al criterio di proporzionalità²⁴⁴, o attraverso l'utilizzazione del diritto costituzionale alla *privacy*. Si pensi per tutti all'interpretazione fornita nel caso *Lawrence v. Texas*²⁴⁵.

Questo argomento non viene comunque unanimemente condiviso considerando, al contrario, che il diritto alla *privacy* non può essere considerato un surrogato dell'*harm principle*, malgrado si possa procedere a una interpretazione estensiva del primo²⁴⁶.

In questo senso, si afferma che il concetto di diritto alla *privacy* elaborato dalla Corte sulla base del Quattordicesimo emendamento (*personal liberty*) e del Nono emendamento (*reservation of rights*), non può essere ampliato fino a ricomprendere, ad esempio, delle *harmless activities* di natura pubblica poiché tale piano sarebbe costituzionalmente non giustificato. L'interpretazione della Corte, inoltre, deve basarsi esclusivamente sul fondamento logico morale (*moral rationale*) del diritto interpretato. Così, l'azione vietata deve avere una connessione normativa

Soluzioni analoghe sono state accolte in casi successivi come in *Lawrence v. Texas* [539 U.S. 558] nel quale si legge: “the Texas statute furthers no legitimate state interest which can justify its intrusion into the personal and private life of the individuals”.

²⁴³ In BAKER D.J., *Constitutionalizing the Harm Principle*, cit., p. 3, l'Autore, analizza il dibattito relativo alla costituzionalizzazione dell'*harm principle*, aggiungendo interessanti considerazioni sulla distinzione tra il danno creato nel campo del diritto penale e il danno creato nell'ambito del diritto privato.

²⁴⁴ IBID., p. 15. In particolare: “the principle of proportionality is deeply rooted in common-law jurisprudence. It was expressed in Magna Carta, applied by the English courts for centuries, and repeated in the English Bill of Rights in language that was adopted in the Eighth Amendment. When the Framers of the Eighth Amendment adopted this language, they adopted the principle of proportionality that was implicit in it”. Si veda il caso *Solem v. Helm* [1983 463 US 277] pp. 284-286.

²⁴⁵ IBID., p. 12. L'Autore fa riferimento a RANDY E. BARNETT, *Justice Kennedy's Libertarian Revolution: Lawrence v. Texas*, in *Cato Supreme Court Review* (2002-2003), 21 e, ancora, del medesimo Autore, *The Proper Scope of the Police Power*, in *Notre dame Law Review* 79 (2004), 429, 486.

²⁴⁶ BAKER D.J., *Constitutionalizing the Harm Principle*, cit., p. 12. Infatti: “Coupled with this, even a liberal moral reading would not permit the privacy right to be stretched to protect decisions of a non-private nature. A moral reading means that the court is bound not only by judicial precedent, the main structures of the constitutional arrangement, and the text of the Constitution, but also by the moral aim of the right being interpreted”.

con il *moral rationale* del diritto che è stato utilizzato per proteggerla. Si ritiene²⁴⁷, così, che la soluzione accolta nel caso *Lawrence* non possa fungere da base per incorporare il principio del danno tra quelli costituzionali: non vi è, infatti, un collegamento normativo tra la *privacy* e molti dei fatti di natura pubblica (*trivial wrongs of public nature*).

La costituzionalizzazione del principio del danno si è pertanto ricercata sotto altri profili, anche se difficilmente in una sua accezione rigorosa, dato che il legislatore potrebbe ritenere necessaria la criminalizzazione di alcune condotte che non ricadono propriamente nell'ambito del danno (si pensi alle condotte di esibizionismo in pubblico)²⁴⁸. Questa operazione, in virtù della discrezionalità legislativa, sarebbe peraltro pienamente legittima²⁴⁹.

Per quanto concerne, invece, il sistema penale inglese, alcuni studiosi hanno proposto un qualcosa di molto simile alla costituzionalizzazione del principio del danno. Sul punto non è possibile qui soffermarsi. Basti però rilevare che attraverso l'analisi comparatistica essi hanno rilevato come sia possibile seguire, nel quadro giuridico inglese, un approccio costituzionalmente orientato sulla base del modello italiano, nel tentativo di trovare fondamento normativo e costituzionale all'*harm principle*²⁵⁰.

²⁴⁷ IBID., p. 12.

²⁴⁸ IBID., p. 12. L'Autore poi concentra la sua attenzione su degli interessantissimi casi canadesi che non si avrà qui il tempo di approfondire. Basti però rilevare che, in molti di questi, si considera il principio del danno quale fondamentale principio di giustizia (*principle of fundamental justice*). Nel caso *Malmo-Levine* [2003 S.C.C. 74] che riguardava il possesso di una modesta quantità di sostanza stupefacente, la Corte Suprema canadese ha evidenziato come, al momento della criminalizzazione di una determinata condotta, sia necessario soppesare una serie di fattori oltre a quello del danno non potendo fungere questo da criterio unico. Ad ogni buon conto, la *dissenting opinion* del Justice Arbour evidenzia come, se il principio del danno non può essere considerato l'unica ragione a sostegno della criminalizzazione, esso deve essere considerato l'unica giustificazione per mandare una persona in carcere.

Per approfondimenti, si veda BAKER D.J., op. cit., pp. 13 ss.

²⁴⁹ Il legislatore deve pertanto considerare il grado di colpevolezza e di danno dovendo questo essere, in particolare, *serio*. Deve, in altre parole, trattarsi di danni a interessi individuali o collettivi tali da incidere sul benessere individuale, come il sistema sanitario, la sicurezza, l'ambiente; oppure per così dire governativi o istituzionali, tali cioè da includere l'evasione fiscale, il sistema giustizia e così via.

²⁵⁰ PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*, cit., pp. 37 ss. L'approccio costituzionalmente orientato viene raggiunto, secondo questo Autore, nonostante in Inghilterra non esista una vera e propria costituzione scritta, per il tramite dello *Human Rights Act 1998* che, come è noto, risulta essere di centrale importanza ai fini della tutela dei diritti garantiti dalla CEDU, attraverso una sua incorporazione selettiva.

4. “*The collapse of the harm principle*”: “*harm arguments*” e adeguatezza del *principle of harm* nelle più recenti prese di posizione della dottrina anglo-americana.

Oltre ai toni generalmente entusiastici con cui il *principle of harm* è stato accolto nel dibattito successivo alla sua elaborazione da parte di J. S. Mill, esso ha mostrato, come abbiamo visto, non pochi limiti.

In particolare, la sua funzione restrittiva di *limiting principle* è stata nel tempo compromessa.

Da un lato, il concetto di danno, come abbiamo avuto modo di notare si è spesso diluito fino a ricomprendere danni decisamente remoti che hanno consentito al legislatore di anticipare fortemente la soglia della tutela penale.

Dall'altro lato, l'affermazione egemonica del principio del danno quale criterio delimitativo dell'area del penalmente rilevante e di orientamento nei confronti del legislatore ha prodotto un effetto distorsivo che ha provocato l'emergere di una serie di argomenti, apparentemente basati sulla ricerca di un danno effettivo, che non hanno fatto altro che indebolire il *principle of harm*. Su questo ultimo punto ci soffermeremo all'interno del presente paragrafo.

Si è parlato²⁵¹ di “*collapse of the harm principle*” per indicare quella situazione nella quale il trionfo del principio del danno sul moralismo giuridico ha prodotto il proliferare di una serie di *harm arguments* nell'ambito delle scelte di politica del diritto, incluso quello deputato al *legal enforcement*. In altre parole, il suo successo egemone ha comportato una messa in crisi del principio stesso, specie da un punto di vista della possibilità di limitare il potere punitivo statale. Ciò è tanto più vero, si ritiene, se si considera che il principio del danno non contiene né dei criteri di valutazione della tipologia di danni significativi (*non-trivial harms*), né è in grado di prendere posizione rispetto a *non-trivial harms* tra loro concorrenti.

La proliferazione di *harm arguments* ha dato avvio a una cacofonia di danni che sono sorti da quello che è stato definito²⁵² come “*harm decisionism*”. Si tratta

²⁵¹ HARCOURT B.E., *The Collapse of the Harm Principle Redux: On Same-Sex Marriage, the Supreme Court's Opinion in United States v. Windsor, John Stuart Mill's essay On Liberty (1859), and H.L.A. Hart's Modern Harm Principle*, in Public Law and Legal Theory Working Paper Series: <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>, [August 2013], p. 1.

²⁵² IBID., p. 2.

cioè delle situazioni nelle quali si prendono decisioni politiche su quali tipologie di danno siano più vincolanti delle altre e su calcoli di tipo strettamente utilitaristico per minimizzare danni sociali. Su questi aspetti, si ritiene, il principio del danno non è in grado di svolgere una funzione veramente delimitativa.

Così, una volta che il moderno principio del danno è stato soddisfatto dalla presenza di una pretesa di danno di non poco conto, la decisione se procedere con il *legal enforcement of morality* diventa un “*tutti contro tutti*” nel quale a vincere è, di solito, chi pare avere argomenti più stringenti degli altri o, meglio, più popolari. Questo aspetto è particolarmente paradossale se si considera che porta al tipo di demagogia che Mill voleva tenere a freno con la sua teoria dell’*harm principle*.

Uno dei casi in cui questa situazione si verifica riguarda il recente *United States v. Windsor*²⁵³ concernete una decisione sui matrimoni tra persone dello stesso sesso, decisione che riguarda un profilo, peraltro, civilistico. Come avevamo chiarito, infatti, la differenza tra il sistema nord-americano e quello inglese sta, tra le altre cose, nel diverso approccio della giurisprudenza, la quale, nel primo sistema, risulta più aperta nell’utilizzo del principio del danno, anche in ambiti diversi da quello penale. La capacità di impiego dell’*harm principle* risulta pertanto molto ampia, diversamente a quanto accade per il nostro principio di offensività, il quale si presta a considerazioni di carattere più prettamente penalistico.

Ebbene, come sappiamo, l’originaria funzione del principio del danno è stata quella di fare da scudo rispetto alle pretese dello Stato nei confronti dei singoli. La sua funzione è stata tanto più rilevante se si considera che ha fornito argomenti di non poco conto in favore della criminalizzazione esclusiva di condotte che provocano un danno effettivo ad altri, escludendo, invece, condotte contrarie a una pretesa morale dominante.

Il principio, nell’originaria formulazione di J.S. Mill ha, nondimeno, evidenziato tutte le sue criticità quanto alla pretesa cristallina chiarezza con cui questi lo definisce nella parte iniziale del suo saggio. Da solo considerato, infatti, non risulta in grado di resistere alle pressioni della maggioranza, troppo soggetta a condizionamenti retorici propri del sentimento pubblico.

²⁵³ 570 US 2013.

E' lo stesso Mill a evidenziare che l'emergere delle democrazie del XIX° secolo ha condotto a una serie di domande nuove, non concernenti esclusivamente il problema della rappresentanza, ma anche quello della tirannia sociale (*social tyranny*)²⁵⁴. In altre parole, non si trattava più di proteggere i cittadini dagli atti del potere pubblico, ma di proteggerli dalla marea di opinioni che la società poteva avere rispetto alla condotta di vita dei singoli.

Stando così le cose, la nozione di *danno ad altri* poteva essere fin da subito soggetta alle emozioni diffuse nel tessuto sociale e alla retorica populista, con il risultato di legittimare impropri e oppressivi interventi statali nella vita dei singoli, con un effetto contrario a quello sperato dallo stesso Mill.

E' proprio quest'ultimo a precisare e delimitare la teoria del danno ad altri. Mill, infatti, specifica che il danno doveva essere causato senza una giustificazione, elaborando la distinzione tra *self-regarding* e *other-regarding acts*.

Per capire a pieno cosa si intenda per *collapse of the harm principle*, è opportuno ricordare, quanto alla teoria milliana, che questi concentra buona parte della sua attenzione sulle nozioni di interessi, diritti e doveri legando la teoria dell'*harm principle* con quella dei *legal rights*²⁵⁵.

In particolare, un primo contraccolpo di tale impostazione viene subito dalla teoria nella seconda metà del XX° secolo, quando i partecipanti al dibattito iniziano a utilizzare argomenti fondati sul danno (*harm-based arguments*) per persuadere l'opinione pubblica della bontà della propria decisione. Il principale motivo per cui una tale situazione si è verificata risiede nel fatto che il principio non forniva, come abbiamo chiarito, un'indicazione quanto ai criteri per discernere tra le diverse pretese di danno (*claims of harm*). Lo stesso Hart, nella sua elaborazione, torna in qualche modo alla visione originaria, milliana, dell'*harm principle*²⁵⁶. Si è, in altre parole, sentito il bisogno di recuperare la versione originaria dell'*harm principle* onde evitare il proliferare di concezioni che ne mutassero la sostanza. Lo stesso Feinberg

²⁵⁴ HARCOURT B.E., *The Collapse of the Harm Principle Redux: On Same-Sex Marriage, the Supreme Court's Opinion in United States v. Windsor, John Stuart Mill's essay On Liberty (1859), and H.L.A. Hart's Modern Harm Principle*, cit., p. 6.

²⁵⁵ IBID., p. 8. Se Mill non fornisce in maniera esatta i contorni per esprimere che cosa bisogna intendere per *legal rights*, questi procede con una serie di "applicazioni" illustrative per mostrare che cosa si possa intendere con tale concetto. Sul punto si veda *funditus* p. 9.

²⁵⁶ IBID., p. 15.

parte, nella sua elaborazione, dalla versione originaria del principio del danno, elaborando però quindici criteri supplementari che chiama, come è noto, *massime di mediazione*²⁵⁷.

Alcuni Autori²⁵⁸ hanno evidenziato come il ritorno al concetto originario di *harm principle* abbia comportato la sconfitta degli argomenti dei *legal moralists*, oltre a determinare un accoglimento diffuso del principio del danno quale fondamento della legittimazione del potere statale di punire.

Nonostante la dottrina abbia cercato di recuperare, in diverse battute, il rigore del principio del danno, il panorama attuale si caratterizza per il “collasso” dell’*harm principle*. Ciò attraverso un’opera in quattro atti²⁵⁹.

La prima è stata quella originaria del *trionfo*, grazie in particolare alla elaborazione dottrinale che è andata dagli anni 60 agli anni 80 del Novecento. In particolare, si è affermato che: “*legal moralism had been properly killed off, that liberalism had once again been vindicated against the forces of superstition and oppression, and that legal philosophy could now move on to new and more important topics*”²⁶⁰.

La seconda fase è stata di *egemonia*. Il moderno principio del danno è stato, infatti, dominante nel dibattito giuridico-filosofico degli ultimi tempi. Si ricorda che l’*harm principle* è stato eletto, per esempio, a criterio guida nell’elaborazione del *Model Penal Code* (1952-1962)²⁶¹.

La terza fase si è caratterizzata, come è noto, per la proliferazione di argomenti basati sul danno (*harm arguments*) per quanto concerne il terreno di politica del diritto, specialmente nel senso proibizionistico. Paradossalmente, i *legal moralists* hanno utilizzato tali argomenti più che concentrare la loro attenzione sulla loro retorica tradizionale. Si pensi al danno alle donne nel caso della pornografia, alla teoria delle *broken windows*, al danno associato con lo svilupparsi delle morti da

²⁵⁷ Si veda FEINBERG J., *Harm to Others*, cit., pp. 214-217 e pp. 243-245.

²⁵⁸ HARCOURT B.E., *The Collapse of the Harm Principle Redux: On Same-Sex Marriage, the Supreme Court’s Opinion in United States v. Windsor, John Stuart Mill’s essay On Liberty (1859), and H.L.A. Hart’s Modern Harm Principle*, cit., p. 16.

²⁵⁹ *IBID.*, p. 17.

²⁶⁰ *IBID.*, p. 17. L’Autore cita in proposito MURPHY J. G., *Legal Moralism and Liberalism*, 37 in *Arizona Law Review* 73 (1995) pp. 74-75.

²⁶¹ HARCOURT B.E., *The Collapse of the Harm Principle Redux: On Same-Sex Marriage, the Supreme Court’s Opinion in United States v. Windsor, John Stuart Mill’s essay On Liberty (1859), and H.L.A. Hart’s Modern Harm Principle*, cit., p. 17.

AIDS, che hanno giustificato l'aumento di regolazioni in materia di condotte sessuali, ai movimenti contrari agli esercizi di vendita dei liquori, al dibattito sulla legalizzazione delle droghe basato sul danno derivante dal loro utilizzo. Si afferma dunque che: “*there emerged what can only be described as a proliferation of prohibitionist harm arguments aimed at satisfying the modern harm principle*”²⁶². Per la verità si è notato che l'emergere di tali *harm arguments* non era fenomeno completamente nuovo – si pensi alla *regulation of illicit sex* nel 1872 poco dopo la pubblicazione del saggio di Mill – ma il loro attuale incremento resta una caratteristica dell'ultima parte del XX° secolo, elemento questo che ha comportato un impatto di notevole importanza sulla stabilità del moderno principio del danno²⁶³.

La quarta fase è quella c.d. del *collapse*. Il proliferare di *harm arguments* ha comportato il collasso del principio inteso in termini più generali. Attualmente, parte della dottrina, evidenzia come il principio del danno ad altri, difficilmente possa fungere da principio limitativo perché in se stesso non è più idoneo a escludere dall'ambito del fuoco penale le condotte riconducibili a una qualche sorta di *moral vice*. Infatti, invece di concentrare l'attenzione sul *se* una certa condotta risulta essere causativa di un danno, oggi il dibattito si incentra sulle tipologie di danno, sull'entità dello stesso, sulla comparazione tra le varie tipologie di danno e sulla nostra disponibilità, come società, a sopportarlo. Il punto è che su queste questioni il principio tace perché non fornisce parametri per capire quando questo possa essere rilevante o come soppesare le varie tipologie di danno²⁶⁴.

Una tale situazione può condurre dunque all'*harm decisionism* e allo svilupparsi della *social tyranny* che Mill voleva evitare²⁶⁵.

²⁶² IBID., p. 18.

²⁶³ IBID., p. 18.

²⁶⁴ IBID., p. 18. L'Autore precisa infatti che “*it does not address the comparative importance of harms*”. Si pensi alla recente campagna contro le droghe. Negli anni '60 e '70 si riteneva, infatti, che tale tipologia di condotta, nell'ipotesi di uso di marijuana fosse essenzialmente senza vittima e non causasse un danno ad altri. Oggi, invece, sotto la bandiera della *War on Drugs* si è enfatizzato il danno alla società che potrebbe derivare da tali condotte.

Si veda anche FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, cit., p. 21. L'Autore evidenzia come “*negli anni '80 e '90 ha sempre più preso piede una posizione conservatrice, che tuttavia non esita a definirsi liberale, la quale tende a far proprio il concetto di danno e ad invocare l'harm principle come giustificazione della criminalizzazione di un gran numero di condotte, la cui punizione in precedenza veniva invece auspicata in forza del legal moralism*”.

²⁶⁵ Vale la pena riportare un interessante discorso che HARCOURT B.E., op. cit., p. 23 fa: “*H.L.A. Hart was certainly right when he wrote that 'For Mill, these dangers were part of the price to be paid for*

Secondo questa linea interpretativa, la ricerca di danni rilevanti causati da una determinata condotta è diventata così pervasiva nel dibattito pubblico da far mutare *l'harm principle* in un criterio che non ha più la funzione di principio critico. Come abbiamo detto, non risulta, infatti, idoneo a escludere dal suo ambito applicativo molte delle condotte che risultano al centro del dibattito pubblico. Questo collasso ha un effetto, in realtà, favorevole per l'attuale dibattito pubblico in tema di funzione della pena. Infatti, può spingere la discussione verso un reale bilanciamento dei danni in gioco²⁶⁶.

Se questa è la situazione, la nozione di *harm* è in grado di scatenare disaccordo sociale e fratture, invece che unità²⁶⁷. Questa parte della dottrina ritiene pertanto che si possa dubitare, in linea più generale, che la decisione in merito a cosa punire derivi da principi morali, e afferma, infatti, che: “*in my experience, moral principles in the criminal law most often run out on us before we have reached the end of our analysis*”²⁶⁸. Allo stesso tempo però: “*in this respect, I am more inclined to agree with Stanley Fish that neutral principles ‘don’t have the constraining power claimed for them’ and are most often used to disguise substance so that it appears to be the inevitable and nonengineered product of an impersonal logic*”.

Ciò chiarito, il recente dibattito anglo-americano sul principio del danno mostra come, anche nei sistemi di *common law*, si intraveda una certa difficoltà a far emergere un principio veramente in grado di fungere da criterio delimitativo delle scelte di politica criminale. In realtà, la situazione non è poi così dissimile nel nostro Paese, malgrado le coordinate siano molto diverse in punto di dogmatica generale: forte anticipazione della tutela, nozioni vaghe e eccessivo uso dello strumento

all that is so valuable in democratic government [...]’ Mill tried to protect us from these dangers by elaborating on protected interests and legal rights in furtherance of a vision of individual diversity, creativity, and self-development— but his project was undermined by his own followers in the twentieth century.

²⁶⁶ HARCOURT B.E., *Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between The Moral Limits of the Criminal Law and The Expressive Function of Punishment*, cit., p. 168.

²⁶⁷ IBID., p. 168. Quanto poi alla funzione “*expressive*” della pena, l’Autore ha qualche dubbio che questa debba essere fondata su una condanna morale: “*while I agree with Feinberg that there is an expressive dimension to punishment, I disagree that morality is in fact central to that function*”.

²⁶⁸ IBID., p. 169. Afferma, inoltre, l’Autore che la teoria dei limiti morali del diritto penale e quella della pena non dovrebbero essere integralmente legate l’una all’altra, ma sono esse stesse una parte di considerazioni generali su questioni relative al controllo sociale. Per capire a pieno i limiti della sanzione penale dovremmo verificare con attenzione i vantaggi della stessa a confronto con altri meccanismi legali e sociali. Si pensi nell’ambito dei sistemi di *common law* alla *tort law* o alla *abuse and neglect law*.

IL DIBATTITO ANGLO-AMERICANO SUI CRITERI DI LEGITTIMAZIONE
DELL'INTERVENTO PUNITIVO. HARM E OFFENCE PRINCIPLE TRA LIBERALISMO E
MORALIZZAZIONE DELLA TUTELA.

punitivo penale. Sul punto torneremo nell'ultimo capitolo laddove si analizzerà, alla luce della prospettiva comparatistica, quale futuro possa essere riservato all'offensività e all'*harm principle* in un'epoca in cui la *social tyranny* è uno dei fattori da considerare nell'ambito delle politiche pubbliche.

CAPITOLO III

COME SUPERARE L'IMPASSE SUL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ? L'IMPIEGO DEL METODO COMPARATISTICO IN TEMA DI ATTI OSCENI.

SOMMARIO: 1. Il crescente interesse della dottrina italiana per l'*harm* e *offence principle*. – 2. La rilevanza dello studio dell'*harm* e *offence principle* per le recenti scelte del legislatore penale in tema di atti osceni e omofobia. – 2.1. La parabola della fattispecie di atti osceni. Dal codice Rocco alla recente opera di depenalizzazione. – 2.1.1. La fattispecie di atti osceni: tra definizione codicistica e prassi applicativa. 2.1.1.1. La problematicità dei beni giuridici tutelati: il concetto di moralità pubblica e buon costume. – 2.1.1.2. L'analisi della fattispecie di atti osceni. – 2.1.1.3. La vaghezza della fattispecie di atti osceni alla riprova del formante giurisprudenziale. – 2.1.2. Gli atti osceni alla riprova della Costituzione: l'interpretazione correttiva della nozione di osceno in chiave di "libertà da" intromissioni nella sfera sessuale. – 2.1.2.1. La ricostruzione degli atti osceni come "libertà da": una sopravvalutazione del diritto dell'individuo a non essere investito da atti o immagini a contenuto erotico? – 2.1.2.2. L'importanza del dibattito anglo-americano sulla rilevanza o meno della morale in campo penale nell'ambito della ridefinizione del concetto di osceno. – 2.1.3. *Ratio* e limiti della recente opera di depenalizzazione. – 2.1.3.1. La riduzione dell'area di tutela penale: la depenalizzazione come strumento di deflazione penalistica. – 2.1.3.2. Pregi e difetti della depenalizzazione operata con i dd. lgss. nn. 7 e 8 del 2016: la riforma degli atti osceni. – 2.2. Prospettive *de iure condendo*. Possibili riformulazioni della fattispecie di atti osceni in virtù del concetto di *personal sovereignty*.

1. Il crescente interesse della dottrina italiana per l'*harm* e *offence principle*.

Lo studio del liberalismo anglo-americano e, in particolare dei *liberty-limiting principles* ha conosciuto un crescente interesse da parte della dottrina italiana. Tale interesse, non solo accademico, trova la sua principale ragione nella crisi del nostro bene giuridico.

Come è noto, una parte considerevole della dottrina italiana riconosce che la struttura del codice Rocco, il quale individua i beni giuridici "con plastico nitore"¹, mostri ormai da tempo segni di cedimento.

¹ CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentali e anglo-americane a confronto*, cit., p. 84.

Si è sostenuto, ad ogni buon conto, che nonostante i limiti della nozione di bene giuridico (e del codice), specie con riferimento alla sua capacità selettiva e vincolante per scelte razionali di politica criminale, non sia stato “*ancora trovato un paradigma alternativo realmente capace di sostituirlo e di valorizzarne le molteplici importanti funzioni*”². Infatti, tale nozione ha come principale pregio quello di distinguere l'interesse personale o sociale che la condotta tipica lede o mette in pericolo, dal disvalore dell'inosservanza in sé considerata. Il bene giuridico risulta, così, utile tanto nella sua valenza negativa che in quella positiva³. Nel primo senso, infatti, esclude alcune tipologie di offese da una tutela penale legittima, nel secondo senso, invece, dalla nozione di bene giuridico derivano una serie di parametri e limiti, di rilevanza costituzionale, atti a garantire che la tutela penale dei beni giuridici sia scevra da derive in senso autoritario⁴.

Così, parte della dottrina ha rilevato come tra le numerose critiche che il bene giuridico ha subito nel tempo, quella “*più ragionevole*” non sia tanto da rinvenire nella necessità di sostituire integralmente la categoria ma, piuttosto, di ritenerla “*limitata, non onnicomprensiva, e incapace di abbracciare tutte le possibili incriminazioni*”⁵. Nei casi in cui la costruzione delle fattispecie penali segua questa logica si verificherebbe, invece, una vera e propria creazione del bene giuridico più che una sua mera tutela.

Il dilemma legato alla nozione di bene giuridico sta in ciò: da un lato, se si restringe troppo tale nozione, esso non riesce a spiegare svariate tipologie di incriminazioni, alcune delle quali, bisogna riconoscere, sono del tutto accettate nel panorama del nostro ordinamento; dall'altro, se si procede con una dilatazione della

² DONINI M., “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, cit., p. 45.

³ IBID., p. 45.

⁴ IBID., p. 47. Così, nel nostro ordinamento, il contenuto sostanziale del fatto antigiusuridico penale è l'offesa, che la cultura penalistica italiana concepisce in prevalenza nella sua (esclusiva) dimensione oggettivistica di lesione o messa in pericolo oggettiva di un bene, elemento questo che deve essere letto assieme al disvalore che viene prodotto attraverso l'elemento soggettivo del dolo o della colpa. L'Autore afferma poi che “la materialità del fatto è una premessa epistemologica della concezione del bene giuridico costituzionalmente orientata di matrice liberale”, si veda op. cit., p. 51.

⁵ IBID., p. 69. Si pensi ai reati di scopo, alla violazione di norme morali solo perché commesse in pubblico, ai beni dell'ordine pubblico o del buon costume, a molte delle offese a beni superindividuali di nuovo conio e così via.

nozione, essa perde la sua funzione critica, divenendo un inutile “*travestimento*” per ogni possibile fattispecie⁶.

Se questa è la situazione nel nostro ordinamento, abbiamo visto che anche i concetti di danno e molestia, nel dibattito di *common law*, possono correre il rischio di essere eccessivamente generici. Nonostante che tali nozioni si caratterizzino per una connotazione più individualistica, questo non impedisce che venga affermata la legittimità anche di norme a tutela di interessi collettivi⁷.

La stessa teoria di Feinberg finisce, a detta di molti⁸, per non riuscire a superare le insufficienze solitamente ascritte alla teoria del bene giuridico, laddove si occupa della selezione degli interessi meritevoli di tutela penale. L’idea che tutti gli interessi in linea di principio, salvo quelli malvagi o morbosi, possano invocare la tutela statale, si scontra con molte delle insufficienze che caratterizzano sia il ricorso al diritto naturale sia l’accettazione acritica del diritto positivo così come configurato da un determinato ordinamento. Inoltre, come abbiamo visto, il recente “collasso” dell’*harm principle* ha condotto molti Autori a dubitare della possibilità di giungere a un chiarimento quanto al concetto di danno, poiché è diventato grande il rischio di manipolazione e di strumentalizzazione per sostenere le più disparate esigenze di tutela. Così si potrebbe intravedere una comune triste sorte per il principio del danno e per il bene giuridico continentale⁹.

Parte della dottrina italiana¹⁰ ha, pertanto, individuato oltre ai pregi della teorica dell’*harm principle* anche una serie di carenze che vale la pena qui evidenziare.

In primo luogo, il concetto di *harm* appare impreciso o contraddittorio, perché se contiene i reati di pericolo a beni collettivi rispetto a condotte che

⁶ IBID., p. 71. L’Autore evidenzia come l’introduzione di nozioni quali il bene-mezzo e il bene-scopo, la *ratio* della tutela, servano in parte a superare questo dilemma. Si veda *funditus* p. 71.

⁷ IBID., p. 72. Così l’*offence principle*, distinto da quello del danno, tiene conto di questo pluralismo degli oggetti giuridici e “vorrebbe introdurre una differenziazione delle forme di tutela penale più aderente alla realtà normativa, allargandola oltre il limite dell’incidenza del torto sulla produzione di un danno a diritti individuali, anche se tutelati in forma collettiva: esso intende legittimare incriminazioni in quanto non lesive di diritti o interessi di terzi nella forma della produzione di conseguenze dannose, bastando la causazione di una molestia ai terzi”.

⁸ Si veda per esempio FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, cit., p. 18.

⁹ IBID., p. 23.

¹⁰ DONINI M., “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, cit., p. 76.

minacciano danni cumulativi, non si vede come non possa contemplare anche condotte quali la pornografia violenta o infantile, la cessione di stupefacenti, le offese non gravi al buon costume che non integrano violenza privata e così via enumerando. Tali comportamenti non sono meno generatori di effetti pregiudizievoli su larga scala. Si ritiene quindi che appaia contraddittorio il rifiuto di estendere la categoria dell'*harm* alla tutela di diritti o interessi come quelli circoscritti nel concetto di *offence*¹¹.

In secondo luogo, né l'*harm* né l'*offence*, quali categorie generali, bastano a legittimare un'incriminazione. Se si pensa al concetto di *offence*, che viene utilizzato per spiegare ad esempio i reati in materia di buon costume, questo potrebbe essere ricompreso nel concetto di *harm* (e da noi in quello di offesa a un bene giuridico) atteso che anche l'offesa di stati d'animo produce dolore provocando un *wrong*. Allo stesso tempo, la stessa *offence* può pregiudicare beni collettivi ulteriori – si pensi alla pace sociale. Così né il concetto di *harm* né quello *offence*, basterebbero a legittimare o delegittimare una determinata scelta di incriminazione¹².

Infine, sia l'*harm* che l'*offence* sarebbero spesso definiti mediante un utilizzo ambiguo della categoria dei sentimenti. Lo stesso *harm* si fonda sulla lesione di un interesse che produca dolore, una sofferenza del suo titolare¹³.

In realtà, a parere di chi scrive, il concetto di *harm* risulta molto più “spesso”, in termini di filosofia del linguaggio, del concetto di bene giuridico. Senza dubbio, ma ciò a detta dello stesso Feinberg, i concetti di *harm* e *offence* non bastano da soli a selezionare quelle condotte che l'ordinamento decide di vietare in quanto provocanti un danno ad altri.

L'utilizzo di massime di mediazione o parametri ulteriori di selezione da parte della dottrina di *common law* non deve essere accolto come una ricerca di colmare un *deficit* della teoria. Si tratta piuttosto di un corollario necessario che va a completarla e a riempirla di contenuto. Ogni concetto relativo ai criteri di legittimazione si presta, se non integrato da altri elementi, a un utilizzo ambiguo e contraddittorio. Del resto, è come pretendere che un ordinamento obbedisca al

¹¹ IBID., p. 77.

¹² IBID., p. 77.

¹³ IBID., p. 77. L'Autore evidenzia in proposito che se questi aspetti sono molto interessanti per la filosofia morale – si pensi alle elaborazioni di Hume, Adam Smith e così via – non appaiono adeguati per delimitare tecnicamente i concetti di bene giuridico e di danno penalmente rilevanti.

principio di offensività senza essere consapevoli che, da sola, la selezione della meritevolezza nulla può se non viene integrata da una costante ricerca della sussidiarietà e dell'*extrema ratio* in campo penale. La stessa categoria del bene giuridico, come vedremo, deve essere letta in questa ottica.

L'utilizzo della categoria dei sentimenti quale parametro di definizione dell'*harm* e dell'*offence* deve essere accolto, da parte del giurista italiano, con molta cautela. Riteniamo, infatti, che questo possa essere un vero e proprio *formante* dell'esperienza anglo-americana che deve essere letto con gli occhi del giurista di *common law* e non con quelli dello studioso italiano e di *civil law*. Una formazione del diritto in chiave di prassi e con un profondo collegamento al dibattito relativo alla separazione o meno del diritto dalla morale mostra come alcuni concetti possano essere percepiti diversamente in un diritto penale tramandato per mezzo delle decisioni giudiziarie e degli studi di autori autorevoli.

Il vero interrogativo risulta essere, crediamo, quello relativo al *collapse* del principio del danno. In altre parole, bisogna essere accorti nel diagnosticare dove stia il problema dell'utilizzo impreciso del concetto di *harm* e se il problema sorga in via astratta dal concetto di danno o se, piuttosto, sorga da un uso scorretto da parte del legislatore e della prassi.

Una delle possibili risposte a questa incapacità delle categorie del danno e del bene giuridico di fungere di per sé da parametro di selezione della meritevolezza di pena è stato individuato, come è noto, nella Costituzione¹⁴. Essa non funge, però, da parametro chiuso, ma da fondazione più complessa che risulta in grado di selezionare le conseguenze dannose o pericolose reali o potenziali della condotta vietata.

Il modello “costituzionale” deve essere senza dubbio valorizzato, poiché la Costituzione risulta essere, nel nostro ordinamento, il fondamento di una “morale” condivisa nella società. Come vedremo però, oltre ai difetti tradizionalmente individuati nella teoria del bene giuridico di rilevanza costituzionale, vi è proprio quello di fare riferimento alla categoria del bene giuridico.

¹⁴ Su un eventuale legame tra bene giuridico e Costituzione abbiamo già detto ampiamente. Giova in ogni caso ricordare che, secondo molti Autori il collegamento con la Costituzione non risulta essere un riferimento in grado di chiarire la nozione di bene giuridico ma, al contrario, un elemento idoneo a sollevare una serie di criticità. Si veda, ad esempio, ROMANO M., *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, cit., p. 150.

Resta, infatti, il fatto innegabile della crisi odierna della categoria del bene giuridico¹⁵.

L'*ubi consistam*¹⁶ del bene giuridico stenta ad emergere, nonostante si sia di volta in volta ancorato alla Costituzione, ai diritti umani fondamentali, alla coscienza sociale.

Inoltre, solo in una società coesa da un punto di vista valoriale e di piccole dimensioni l'identificazione del bene giuridico risulterà agevole. Al contrario, l'*identikit* del bene giuridico risulterà notevolmente più complesso in una società disgregata o pluralista.

In una realtà sociale come la nostra, i valori non risultano, con tutta evidenza, granitici ma, al contrario, profondamente influenzati dalla globalizzazione e dalle migrazioni con notevoli rischi di disparità economiche tra culture diverse e tra “classi sociali”¹⁷. In un ordinamento democratico e liberale, il giurista, e tanto più il legislatore, non possono definire autoritativamente e dall'alto i beni giuridici. Infatti, negli stessi settori classicamente interessati dal diritto penale possono porsi problemi di raccordo tra beni giuridici¹⁸.

Che il diritto penale, poi, sia un ramo del diritto pubblico del tutto particolare con la funzione, tra le altre, di neutralizzare i sentimenti di vendetta delle vittime dei reati¹⁹, non deve spaventare il giurista, ma deve portare a una rinnovata consapevolezza dei rischi di un suo utilizzo in chiave di sedativo e tranquillizzante dell'opinione pubblica.

Ecco perché si è affermato che “il ‘buon vecchio’ bene giuridico [fa] fatica a svolgere un ruolo di ‘stella polare’ delle scelte del legislatore penale”. Non stupisce pertanto che i penalisti italiani – e non solo – trovino interessante lo studio del principio del danno anglo-americano e del liberalismo penale²⁰.

¹⁵ CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentale e anglo-americana a confronto*, cit., p. 84.

¹⁶ IBID., p. 84.

¹⁷ IBID., p. 85.

¹⁸ IBID., p. 85. L'Autore fa l'esempio dei problemi di raccordo tra le mutilazioni genitali femminili e la poligamia. Si pensi, ancora, alle tematiche del fine vita e ai limiti della bioetica.

¹⁹ DONINI M., “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, cit., p. 78.

²⁰ Si veda sul punto CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentale e anglo-americana a confronto*, cit., p. 86. Non è mancato, peraltro, chi si è apertamente dichiarato contrario ad un bene giuridico capace di precludere

Lo studio dei *liberty-limiting principles* può infatti risultare molto proficuo. Se ricordiamo lo spirito con cui J.S. Mill elaborò, nel suo saggio, il principio del danno, questo era proprio quello di salvaguardare la diversità degli stili di vita. Con una lettura più moderna potremmo dunque dire che la *ratio* del principio sembra fatta apposta per regolare la materia penale in una società multiculturale²¹.

Nonostante le criticità emerse nella teoria dell'*harm principle*, il nostro interesse resta, ciononostante, attuale.

Uno dei maggiori apporti²² che la teorizzazione di *common law* è, infatti, in grado di fornire agli studiosi continentali è la distinzione *tra le ragioni* a sostegno della criminalizzazione e, in particolare, di quei principi che, accanto a quello del danno, possono fungere da ispirazione per la potestà punitiva dello Stato. Si pensi, appunto, all'*offence principle*, al paternalismo e al moralismo giuridico.

“Tale distinzione, se fosse tenuta in adeguata considerazione anche dalla dottrina di civil law, potrebbe consentire di integrare [a meno di non individuare nuove e diverse concezioni] l’indifferenziata nozione di bene giuridico”²³, concetto questo molto elastico e che si presta a indebite limitazioni della libertà personale riconducendo la stessa a un qualsiasi *quid* qualificabile come bene.

Tale aspetto se va valorizzato, non deve però essere enfatizzato, poiché rischia di avere, secondo qualcuno²⁴, un’importanza più teorica che pratica.

Infatti, se legittimo criterio di criminalizzazione può risultare solo il danno a un *welfare interest* di altri o, al più, la molestia, il modello di Feinberg può risultare di complessa vincolatività nei confronti del potere legislativo. Certo è che il catalogo di reati risulterebbe fortemente ridotto rispetto a quello attuale, ma la criminalizzazione finirebbe così col dipendere dalle scelte che il legislatore compie e, quindi, dai limiti che lui stesso si dà. L’*harm principle* di Feinberg, infatti, vincola il legislatore soltanto qualora decida di essere un legislatore liberale, potendo altrimenti

a priori le scelte del legislatore. L’Autore cita in tal senso, autorevolmente, ROMANO M., *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, 493.

²¹ CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentali e anglo-americana a confronto*, cit., p. 88.

²² FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, cit., p. 20.

²³ IBID., p. 20.

²⁴ FRANCOLINI G., *L’harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, cit., p. 303.

ispirarsi ad altri criteri qualora scelga di non esserlo o nasconda di non esserlo. Così il destino dell'*harm principle* non si distingue poi tanto da quello del bene giuridico²⁵.

Ciò detto se il principio del danno riuscisse davvero a imporsi nel dibattito pubblico, potrebbe fungere da efficace metro critico della legislazione penale.

Ebbene, se i concetti di *harm* e *offence* sono risultati, nell'evoluzione del pensiero anglo-americano, talvolta generici o contraddittori, bisogna anche riconoscere gli indubbi pregi della teoria in parola e lo sforzo di delimitazione del sistema che questi hanno intentato. Approfondiamoli pertanto per punti e in via riassuntiva, per poi proporre qualche riflessione nell'ultimo capitolo.

In primo luogo, il riferimento ai sentimenti, come abbiamo visto, può risultare un *formante* dell'elaborazione anglo-americana che deve essere letto nell'ottica di porre in relazione il danno (o la molestia) provocato dal reato con la reazione che questo può scaturire nella vittima.

In secondo luogo, tutti i tentativi di categorizzazione e di astrazione all'interno di principi generali possono comportare il rischio di un'eccessiva genericità. Ecco perché risulta fondamentale affiancare ai criteri relativi alle scelte di criminalizzazione, altri principi quali quelli di *extrema ratio*, di proporzione, di sussidiarietà e così via.

Infine, l'opera di molti studiosi anglo-americani, primo fra tutti Joel Feinberg, non risulta avere paragoni quanto al suo tentativo di sistematicizzazione dei limiti dell'intervento punitivo in chiave *liberal*.

Il modo di ragionare in materia di *harm principle* potrebbe fornire basi più solide quanto alle *ragioni* per cui un determinato bene giuridico può essere tutelato e potrebbe dunque fungere da “*strumento critico che impedisce al legislatore di trincerarsi dietro il formale rispetto del principio di offensività riferito a un bene assai generico e [che] gli consente di non svelare le reali ragioni che ne guidano le opzioni*”²⁶.

Sul punto torneremo più diffusamente nell'ultimo capitolo. Quello che preme qui evidenziare è che la recente crisi dei criteri di criminalizzazione tanto nei sistemi

²⁵ IBID., p. 304.

²⁶ FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, cit., p. 20.

di *civil law* quanto in quelli di *common law* può portare, e ha portato, a un interesse e a uno scambio tra culture europeo-continentale e anglo-americana che non può che risultare fruttuoso.

Ciò perché è idoneo a mostrare da un lato, i profili problematici di ciascuna teoria e, dall'altro, può favorire uno scambio e un avvicinamento tra i giuristi. Inoltre servirà, all'occorrenza, per relativizzare alcune delle problematiche interne collocandole in un contesto più generale dove, molto spesso, i problemi sono i medesimi, anche se le soluzioni dipendono da variegati fattori "domestici".

Come ha affermato autorevole dottrina²⁷, non si vuole negare, quanto meno nel sistema attuale, qualsiasi ruolo ai beni giuridici. *“Se intesi, senza speciale enfasi, quali valori della vita degli uomini che emergono dalla composizione dei conflitti della società, essi orientano, anche sulla base delle carte costituzionali, la politica del diritto penale, quale ramo dell’ordinamento che ha suoi insostituibili compiti di tutela”*. Si può però dubitare che *“possa attribuirsi al singolo bene giuridico come tale una legittimazione negativa, cioè che la tutelabilità di questo o di quel bene possa escludersi a priori”*²⁸. Questo non comporta che il legislatore abbia un'assoluta libertà ma, anzi, che esso abbia la responsabilità morale e politica di circoscrivere per quanto possibile l'area del penalmente rilevante. *“Ma il limite si riduce allora alla presenza nel reato di un essenziale quid di comprensibile, significativa dannosità, che congiunta al disvalore del comportamento, dia conto della ragionevolezza dell'intervento punitivo. Non si può invece affermare in anticipo: questo bene si presta ad essere penalmente tutelato, quest'altro bene no”*²⁹. Certo è che la legittimazione del potere punitivo si arresta ai diritti fondamentali, ma se ciò è vero, bisogna anche notare come, purtroppo, tale nucleo non abbia avuto nella storia e nelle culture *“contorni scolpiti nel marmo”*³⁰.

Con queste considerazioni non si vuole affermare che sia facile abbandonare il bene giuridico in favore di nuovi principi. I trapianti, in tema di comparazione, non sono mai auspicabili se fatti senza considerare i vari *criptotipi* presenti in ciascuno ordinamento e, probabilmente, non sarebbero nemmeno realistici.

²⁷ ROMANO M., *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, cit., p. 150.

²⁸ IBID., p. 150.

²⁹ IBID., p. 151.

³⁰ IBID., p. 151.

Sarebbe però interessante, da un lato, *affiancare*, così come si è affermato in dottrina, lo studio del liberalismo penale anglo-americano alla prospettiva del bene giuridico. In tal senso “*sia il bene giuridico da un lato, sia l’harm principle dall’altro, potranno essere impiegati congiuntamente e sinergicamente per meglio inquadrare i problemi delle scelte di incriminazione*”³¹. Dall’altro lato, si potrebbe sperimentare un’elaborazione più coraggiosa che consideri i pregi e i difetti dell’*abbandono* della categoria del bene giuridico, a favore dell’accoglimento della teoria del danno anche nel nostro ordinamento.

D’altra parte, al di là della comune matrice, la genesi dei due principi risulta comunque in parte diversa.

Il bene giuridico nasce dalle ceneri del diritto soggettivo e se, da un lato, realizza un passo in avanti, dall’altro, ha comportato un rischio per la *laicità* del diritto penale, visto che autorizza potenzialmente la protezione di valori come la religione e la morale.

Il percorso dell’*harm principle* in questo senso è ben diverso, nascendo dalla volontà di rispettare il più possibile la libertà dell’individuo e la sua autonomia personale o *privacy*. Così il principio del danno ha “*il pregio di mettere in evidenza le possibili lesioni dell’autonomia personale da parte del diritto penale, e ne restringe la legittima sfera d’azione in vista di limitare al minimo, o eliminare tali violazioni*”³². “*Bene giuridico e principio del danno (e simili) possono insomma essere d’ausilio l’uno all’altro*”³³.

2. La rilevanza dello studio dell’*harm* e *offence principle* per le recenti scelte del legislatore penale in tema di atti osceni e omofobia.

Analizzate, da un punto di vista dogmatico, le nozioni di offensività e di *harm* e *offence principle*, sarà ora interessante affrontare due diversi *case study*, per verificare, da un punto di vista applicativo, l’impatto delle due nozioni nell’ambito

³¹ CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentali e anglo-americane a confronto*, cit., p. 88.

³² IBID., p. 89.

³³ IBID., p. 89.

delle più recenti scelte di politica criminale effettuate dal legislatore italiano. Si tratta del caso degli atti osceni e dell'omofobia.

L'obiettivo del presente capitolo (e del successivo) è, dunque, quello di verificare *se e in che modo* l'utilizzo del principio anglo-americano possa condurre a scelte diverse da quelle operate dal legislatore italiano alla luce del principio continentale di offensività. In altre parole, la ben nota crisi della categoria del bene giuridico, la quale, come abbiamo avuto modo di precisare, non comporta necessariamente la crisi del principio nel suo complesso, ci consente di considerare la riflessione anglo-americana nell'ottica di trovare la definizione dei limiti morali del diritto penale nel nostro Paese.

I due principi, infatti, malgrado la loro simile *ratio* di tutela possono portare, talvolta, a soluzioni differenti se si considera che nell'ottica continentale la condotta deve *offendere un bene giuridico* considerato *meritevole* di tutela da parte dell'ordinamento, mentre, nell'ottica di *common law*, questa deve provocare un *danno* o una *molestia* ad altri.

Nonostante, infatti, che l'applicazione delle due nozioni possa portare a profili problematici comuni, come la forte anticipazione della tutela e l'impiego di nozioni vaghe con un conseguente eccessivo uso dello strumento punitivo penale, restiamo comunque convinti che la diversa costruzione dogmatica che sta alla base dei due principi necessiti di attenta considerazione. Non è, infatti, possibile indugiare con facili assimilazioni, spesso derivanti dal volto e dalle esigenze della nostra società globalizzata, anche in fatto di principi penalistici, per fare, per così dire “di tutta un'erba un fascio”.

I formanti specifici di ogni ordinamento andranno, pertanto, tenuti in dovuta considerazione: offensività e *harm principle*³⁴, anche se possono avere problematiche comuni, sono e rimangono principi diversi quanto a contenuti e ricostruzione teorica.

L'offensività necessita, quale substrato ideologico, almeno allo stato degli atti, della nozione di bene giuridico. Si tratta perciò di quella categoria dogmatica secondo la quale l'ordinamento riconosce tutela a un oggetto selezionato dal diritto penale in quanto ritenuto meritevole. Potremmo, infatti, dire che l'offensività

³⁴ Ricordiamo, in proposito, che larga parte del dibattito di *common law* verte oggi, oltre che sul *collapse*, anche sul concetto di *wrong*.

risponde alla domanda: quel bene della vita è meritevole di tutela da parte dell'ordinamento? In altre parole, è lecito che l'ordinamento utilizzi lo strumento penale per *proteggere* proprio quell'*entità*, quell'*idea*, quell'*oggetto*, quella *cosa*, quella *relazione*, quel *dato*?

Al contrario, la teorica del *principle of harm* può essere letta in chiave più individualistica, con le precisazioni che abbiamo fatto, e interpersonale e risponde a una fondamentale e diversa domanda: il comportamento di quel soggetto provoca un danno (o una molestia) a *un'altra persona*? E', cioè, lecito che il legislatore *invada* la sfera di libertà personale del soggetto, eventualmente privandolo della stessa, in occasione di quel determinato comportamento che ha *leso* gli *interessi* di un *altro* soggetto?³⁵

Se consideriamo però le caratteristiche del dibattito di *common law*, questo ci consente di impostare il discorso, anche domestico, in un'ottica meno tabuistica, non temendo, nell'analisi, di indugiare su quegli aspetti delle fattispecie che possono porre particolari problemi in merito al confine tra diritto e morale. Questo, specie se si considera il riferimento, nazionale, al, più che giustificato, dogma della secolarizzazione del diritto penale.

Per farlo, dovremo tenere in attenta considerazione due caratteristiche che sono emerse dall'analisi dogmatica delle nozioni di offensività e di danno. Per capire, infatti, a pieno quest'ultima è necessario porre un deciso accento da un lato, sul forte pragmatismo dei sistemi di *common law* e, dall'altro, sul ruolo centrale della *privacy* e del concetto di autonomia personale (*personal autonomy*, *personal sovereignty*) nella ricostruzione del principio del danno.

Il forte pragmatismo dell'ordinamento anglo-americano è una di quelle caratteristiche intrinseche e di sistema che devono essere considerate nella nostra analisi, specie se si considera il notevole impatto dell'elaborazione giurisprudenziale sulla nozione teorica generale. In questo senso, riteniamo che debba essere tenuto in attenta considerazione anche un ulteriore profilo. Si tratta, in particolare, del tema della *discrezionalità dell'azione penale*.

³⁵ La terminologia usata nella formulazione delle due domande è volutamente disomogenea. Teniamo, infatti, in considerazione le caratteristiche dogmatiche e, appunto, terminologiche, utilizzate nel dibattito italiano e in quello anglo-americano per evitare di far partire il ragionamento da presupposti errati in termini di premesse ideologiche.

Come è noto, nei sistemi di *common law* vige, da un punto di vista applicativo e procedurale, il principio del *selective enforcement* secondo il quale il pubblico ministero, ma ciò vale per i molti organi deputati alla repressione dell'illecito che sono previsti in maniera diffusa, non ha l'obbligo di esercitare l'azione penale, ma al contrario ha la *facoltà*, appunto, di iniziare il procedimento. Questo aspetto incide, notevolmente, sulla costruzione della fattispecie sostanziale così come prevista dal legislatore. Questi, infatti, è consapevole del fatto che, a seguito della sua ricostruzione del fatto tipico, la fattispecie verrà *applicata* in maniera *selettiva*. Di conseguenza, le fattispecie possono conoscere aspetti attinenti al profilo del fatto tipico ben diversi, spesso risolvendosi in fattispecie-fiume con una descrizione della condotta molto ampia o molto dettagliata, in un orizzonte appunto casistico-applicativo.

Quanto poi al concetto di autonomia personale, è opportuno precisare che la centralità dell'individuo, e della sua autonomia, deriva direttamente dagli studi di J.S. Mill, e non, ad esempio, da letture e interpretazioni della Carta Costituzionale, come, invece, avviene nel nostro ordinamento. Come abbiamo avuto modo di notare, la stessa giurisprudenza in materia di *privacy* è talvolta servita per valorizzare il principio del danno, anche in termini costituzionali. Il punto fondamentale è, infatti, capire che esistono dei confini ben precisi, almeno a livello dogmatico, tra la sfera "pubblica" del soggetto e quella "privata" che non deve essere invasa, se non in occasione di condotte che provochino un danno ad altri.

Fatte queste doverose premesse è opportuno a questo punto specificare quali fattispecie siano oggetto del nostro *case study* e per quali ragioni.

La prima parte di questo studio riguarda il concetto di osceno.

In particolare, ci interesseremo della *parabola* degli atti osceni, dalla sua definizione codicistica alla sua recente depenalizzazione da parte dei d.lgs. nn. 7 e 8 del 2016, passando per la sua rilettura in chiave costituzionale.

La seconda parte riguarda, invece, il tema dei crimini d'odio (*hate crimes*) con particolare riferimento alla possibile introduzione del reato di omofobia.

Questi due fenomeni risultano di particolare interesse per una serie di ragioni.

A) In primo luogo, si tratta da un lato, di “temi classici” dell’analisi di *common law* in materia di principio del danno e della molestia e, dall’altro, hanno conosciuto un curioso recente interesse da parte del legislatore italiano.

Se nei sistemi di *common law*, infatti, questi rappresentano dei temi centrali nella ricostruzione del principio del danno e della molestia fin dai tempi di Mill, del rapporto Wolfenden, del caso *Brown*, passando per gli studi di Feinberg sull’*offence principle*, nel nostro ordinamento l’impostazione appare avere connotati e contenuti diversi. Con tutta evidenza, anche nel nostro sistema, atti osceni e omofobia pongono problemi con riferimento al principio di offensività, ma le caratteristiche del principio e l’ancoraggio al bene giuridico fanno sì che i contorni della questione siano in parte diversi, proprio perché, come abbiamo specificato poco sopra, le domande di fondo in merito alla legittimazione del potere punitivo ruotano attorno, in un caso, al cagionare un danno ad *altri* e, nell’altro, alla selezione di *oggetti* meritevoli da parte dell’ordinamento.

Ciò che a noi qui interessa è leggere le fattispecie italiane alla luce del dibattito anglo-americano e, in particolare, alla luce del danno e della molestia ad altri, verificando la *ratio* e i limiti di tali interventi normativi in conformità con il concetto di autonomia personale elaborato dalla dottrina di *common law*. Inoltre, il tema, seppur “classico” risulta essere anche di interessante attualità nel nostro Paese quanto al dibattito sulla depenalizzazione degli atti osceni da un lato, e la criminalizzazione di condotte omofobiche dall’altro.

B) In secondo luogo, nell’ottica di sfatare una lettura tabuistica in materia di secolarizzazione del diritto penale, i due fenomeni si inseriscono nel tema relativo alla separazione tra diritto e morale. Il concetto di osceno e il tema dell’omofobia risultano essere dei temi in virtù dei quali i limiti morali del diritto penale e il principio dell’autonomia personale possono avere un notevole impatto, specie in considerazione di quanto abbiamo detto in merito alla possibile rilevanza della morale sociale nelle scelte di criminalizzazione. In tali casi, davvero, la morale di una generazione può diventare norma giuridica di quella successiva.

Con questa idea in testa si cercherà pertanto di verificare non solo se i due fenomeni possano essere considerati rilevanti in termini di *dannosità sociale*, ma anche se questi abbiano ricevuto un previo riconoscimento nel *sociale* tale da

influenzare le scelte di politica criminale e se questo debba avere un qualche peso ai fini della creazione di norme incriminatrici. Naturalmente, l'analisi si fermerà laddove partano considerazioni attinenti a scelte da un lato, discrezionali del legislatore e, dall'altro, laddove si tratti di analizzare la questione alla luce di altre branche del sapere giuridico o, più propriamente, filosofico o sociologico.

2.1. La parabola della fattispecie di atti osceni. Dal codice Rocco alla recente opera di depenalizzazione.

La fattispecie di atti osceni, prevista all'art. 527 c.p. ha conosciuto un recente interesse da parte della dottrina italiana. Infatti, il 6 febbraio 2016 sono entrati in vigore i d.lgs. 15 gennaio 2016, nn. 7 e 8 concernenti rispettivamente “*disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'art. 2, comma 2 della l. 28 aprile 2014, n. 67*” e “*disposizioni in materia di abrogazioni di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'art. 2, co. 3, l. 28 aprile 2014, n. 67*”³⁶.

La riforma di depenalizzazione, definita da parte della dottrina come “*storica*” e tra le più significative degli ultimi anni³⁷, realizza un arretramento del diritto penale a vantaggio del diritto amministrativo, e questa la novità, a vantaggio del diritto civile, costituendo uno dei più estesi progetti di revisione del sistema sanzionatorio dopo la c.d. miniriforma Vassalli³⁸. La riforma si colloca inoltre all'interno della scia dei ciclici e non frequenti provvedimenti di depenalizzazione di

³⁶ Le legge in parola prevedeva quattro deleghe. La prima per la revisione del sistema sanzionatorio con introduzione della detenzione domiciliare tra le pene principali di cui all'art. 17 c.p.; la seconda per l'introduzione della causa di non punibilità per speciale tenuità del fatto; la terza per la depenalizzazione dei reati; e, infine, la quarta per l'abrogazione di taluni reati e l'introduzione di illeciti civili sanzionati con sanzione pecuniaria. Della l. n. 67 del 2014 è rimasta inattuata la delega per la revisione del catalogo codicistico delle pene principali. Lo sforzo su cui si è concentrato il legislatore è stato quello di far uscire il nostro sistema dalla crisi emersa a seguito della condanna *Torregiani*, da parte della Corte di Strasburgo. Si veda PALAZZO F.C., *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Diritto Penale e processo*, 3, 2016, 285.

³⁷ GATTA G.L., *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/d/4427-depenalizzazione-e-nuovi-illeciti-sottoposti-a-sanzioni-pecuniarie-civili-una-riforma-storica>, 2016, p. 1.

³⁸ LOSAPPIO G., *Depenalizzazione, tranquillità personale e inquinamento acustico. L'art. 659 e la delega per la depenalizzazione delle contravvenzioni del c.p.*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/d/4254-depenalizzazione-tranquillita-personale-e-inquinamento-acustico>, 2015, p. 2

portata generale, gli ultimi dei quali ad opera della l. n. 689/1981 e della l. 205/1999³⁹.

E' opportuno precisare che i benefici della riforma saranno più che altro destinati a ricadere sul processo penale in logica deflattiva piuttosto che sulla popolazione carceraria. Infatti, i reati depenalizzati o sono puniti con la sola pena pecuniaria oppure si tratta di reati bagatellari che con difficoltà “*aprono le porte del carcere*”⁴⁰. Per questo motivo, i benefici si realizzeranno verosimilmente nel medio periodo, dovendo attualmente la magistratura fare i conti con i problemi di diritto intertemporale che la riforma comporta, revocando all'occorrenza le sentenze passate in giudicato.

Per quanto riguarda gli aspetti specifici della riforma stessa varrà la pena di tornare più diffusamente nei prossimi paragrafi. Basti fin da ora rilevare che essa si muove principalmente su due versanti: il primo, propriamente di depenalizzazione, trasforma alcuni reati in illeciti amministrativi⁴¹; il secondo concerne l'abrogazione

³⁹ Il primo intervento di depenalizzazione si è sviluppato con la l. n. 317 del 1967 relativo alla materia della circolazione stradale. Il secondo, attuato con l. n. 706 del 1975, ha depenalizzato tutte le contravvenzioni extracodicistiche punite con la sola pena dell'ammenda, con esclusione di alcune materie specifiche. Il terzo, attuato con l. n. 689 del 1981, ha trasformato in illecito amministrativo sia fattispecie contravvenzionali che i delitti previsti fuori dal codice penale puniti solo con la multa, con esclusioni *rationae materiae*. Ci sono stati poi interventi del tutto marginali, si veda sul punto op. cit., p. 439. Peraltro, i criteri selettivi scelti dal legislatore (e cioè quello generale del *nomen iuris* della sanzione – “positivo” e di natura formale; quello eccezionale del sistema delle esclusioni – ‘negativo’ e di natura sostanziale) confermano l'impraticabilità di un discrimine materiale fra reati e illeciti amministrativi. Nelle scelte non è, infatti, apparso fondamentale né il bene tutelato, né l'intensità dell'offesa. L'ispirazione delle depenalizzazioni non è, così, unitaria rispecchiando il momento politico o altre considerazioni. Ad ogni buon conto, la legge del 1981 ha rappresentato un deciso salto di qualità se si considera che vi è stata la codificazione di una parte generale dell'illecito e una più diffusa elaborazione della disciplina rituale. Abbiamo, infine, evidenziato come esista un quarto intervento di depenalizzazione, prima di quello attuale del 2016, attuato con l. n. 205 del 1999. Si veda sul punto PALIERO C.E., *Depenalizzazione* (voce), cit., p. 439.

⁴⁰ GATTA G.L., *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, cit., p. 1. L'Autore specifica che il grande assente della riforma è costituito dal reato c.d. di clandestinità.

⁴¹ Ecco l'elenco completo delle fattispecie depenalizzate. L'intervento è operato con il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 e concerne:

“A) i reati puniti con la sola pena pecuniaria (multa o ammenda) – compresi quelli che nelle ipotesi aggravate sono puniti con la pena detentiva, sola, alternativa o congiunta alla pena pecuniaria (in tali casi, per espressa previsione normativa, le ipotesi aggravate, non attinte dalla depenalizzazione, assurgono a ‘fattispecie autonome di reato’) – ad eccezione:

dei reati puniti con la sola pena pecuniaria, previsti dal codice penale (è il caso ad es. del vilipendio alla nazione italiana o alla bandiera, ex artt. 291 e 292 c.p., che rimane configurato come reato), con la sola eccezione degli atti contrari alla pubblica decenza ex art. 726 c.p.;

dei reati puniti con la sola pena pecuniaria, previsti dal t.u. immigrazione (resta configurata come reato, ad es., l'inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore, ex art. 14, co. 5 ter, come

di talune fattispecie introducendo degli, innovativi, illeciti con sanzioni pecuniarie civili⁴².

anche il famigerato reato di clandestinità ex art. 10 bis, avendo il Governo lasciato notoriamente inattuata la legge delega nella parte in cui ne prevedeva la depenalizzazione);

dei reati puniti con la sola pena pecuniaria, previsti da una serie di provvedimenti normativi indicati espressamente in un allegato del d.lgs. e ivi ordinati per materia (edilizia e urbanistica, ambiente, territorio e paesaggio; alimenti e bevande; salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; sicurezza pubblica; giochi d'azzardo e scommesse; armi ed esplosivi; elezioni e finanziamento dei partiti; proprietà intellettuale e industriale). Tra i provvedimenti sottratti alla depenalizzazione: il t.u. in materia di salute e sicurezza sul lavoro; il t.u. ambientale; il t.u.l.p.s; il t.u. edilizia;

B) i seguenti reati previsti dal codice penale e già puniti con pene detentive, sole, congiunte o alternative a pene pecuniarie:

- atti osceni ex art. 527, co. 1 c.p. (il fatto, già depenalizzato nel 1999 se commesso con colpa, conserva ora rilevanza penale solo nell'ipotesi prevista dal co. 2: se cioè viene commesso all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori);

- pubblicazioni e spettacoli osceni ex art. 528, co. 1 e 2 c.p. (conserva rilevanza penale l'ipotesi contemplata dal co. 3);

- rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto ex art. 652 c.p.;

- abuso della credulità popolare ex art. 661 c.p.;

- rappresentazioni teatrali o cinematografiche abusive ex art. 668 c.p.;

C) alcuni reati previsti da leggi speciali, e pure già puniti con pene detentive, sole, congiunte o alternative a pene pecuniarie. Tra questi (per il relativo elenco v. l'art. 3 d.lgs. n. 8/2016) l'ipotesi forse più rilevante, per la prassi, è rappresentata dall'omesso versamento delle ritenute previdenziali per importi inferiori a 10.000 euro (art. 2, co. 1 bis d.l. n. 463/1983)" cfr. GATTA G.L., Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica, cit., pp. 1-2.

Per tali reati è applicabile, in quanto compatibile, la disciplina generale sull'illecito sanzionatorio amministrativo di cui alla l. n. 689/1981 (art. 6 d.lgs. n. 8/2016). Le misure delle sanzioni pecuniarie amministrative sono previste all'art. 1 co. 5 d.lgs. n. 8/2016, per tutti i reati già puniti con la sola pena della multa o dell'ammenda, e all'art. 2 e 3 dello stesso d.lgs., con specifico riferimento ai singoli reati previsti dal codice penale e dalle leggi complementari, puniti con pena detentiva. Per alcuni dei nuovi illeciti amministrativi, poi, si prevedono sanzioni amministrative accessorie (art. 4 d.lgs. n. 8/2016).

Per quanto concerne i profili processuali, questi sono previsti agli artt. 7 e 9 del d.lgs. n. 8/2016, i quali disciplinano l'autorità amministrativa competente e la trasmissione degli atti da parte dell'autorità giudiziaria.

Esiste, quanto alle disposizioni di diritto intertemporale, una deroga alla disciplina generale, prevista dall'art. 8 del d.lgs., all'art. 1 della legge del 1981. Le sanzioni amministrative per i reati depenalizzati, salvo per eventuali sanzioni amministrative accessorie, si applicano retroattivamente, con il limite del giudicato. Ad ogni buon conto, non possono essere inflitte sanzioni per un importo superiore al massimo della pena 'originariamente inflitta' per il reato, raggiunta ex art. 135 c.p. "*Quanto ai fatti coperti dal giudicato, l'art. 8 co. 2 d.lgs. n. 8/2016, in linea con l'art. 2, co. 2 c.p. e con l'art. 673 c.p.p., stabilisce che il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza di condanna e adotta i provvedimenti conseguenti, con l'osservanza però del rito semplificato di cui all'art. 667, co. 4 c.p.p.*". Si veda sul punto, ancora, GATTA G.L., *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, cit., p. 2.

⁴² Ecco l'elenco dei reati abrogati e trasformati in sanzioni pecuniarie civili:

"Si prevede (art. 1) l'abrogazione di tradizionali norme incriminatrici presenti nel codice penale:

- le falsità in scrittura privata e in fogli firmati in bianco (artt. 485 e 486 c.p.);

- l'ingiuria (art. 594 c.p.);

- la sottrazione di cose comuni (art. 627 c.p.);

- l'appropriazione di cose smarrite, del tesoro e di altre cose avute per errore o per caso fortuito (art. 647 c.p.).

Si apportano poi alcune modifiche alle norme incriminatrici attigue e connesse a quelle abrogate, realizzando l'opportuno coordinamento, e si interviene altresì sulla figura

All'interno del gruppo dei reati depenalizzati e trasformati in illecito amministrativo si collocano anche gli atti osceni di cui all'art. 527 co. 1 c.p. Il fatto era già stato depenalizzato nel 1999 quanto all'ipotesi colposa: attualmente conserva rilevanza penale esclusivamente nell'ipotesi del co. 2 e, cioè, l'ipotesi in cui il reato sia stato commesso all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori. Assieme all'art. 527 co. 1 c.p. è stata depenalizzata anche la fattispecie di pubblicazioni e spettacoli osceni ex art. 528 co. 1 e 2, conservando rilevanza penale esclusivamente l'ipotesi prevista dal co. 3.

Quanto al secondo gruppo di reati, il carattere innovativo può essere rinvenuto nella circostanza per cui il fatto, oltre che con il risarcimento del danno, sanzione di tipo privatistico, viene punito con una sanzione pecuniaria civile *“apparentata con i punitive damages dei sistemi di common law”* irrogata dal giudice civile e devoluta alla Cassa delle Ammende, e non al danneggiato⁴³. E' evidente,

del danneggiamento (art. 635 c.p.), modificando la norma incriminatrice in modo tale da escludere la rilevanza penale del fatto, non aggravato, di cui all'art. 635, co. 1 c.p.”, cfr. GATTA G.L., *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, cit, p. 2.

Il d.lgs. prevede che nel caso in cui tali illeciti siano dolosi, oltre che alle restituzioni e al risarcimento del danno secondo le leggi civili, questi obblighino anche al pagamento della sanzione pecuniaria civile stabilita. Inoltre, si applica la disciplina dell'art. 2947 c.c. quanto al termine quinquennale di prescrizione della pretesa relativa all'inflizione della sanzione pecuniaria. Altre norme del decreto legislativo precisano poi importanti questioni: l'art. 5 concerne i criteri di commisurazione delle sanzioni pecuniarie (di natura oggettiva e soggettiva); l'art. 6, riguarda la disciplina per l'ipotesi di recidiva – *rectius* reiterazione dell'illecito; l'art. 7, la disciplina del concorso di persone, coerente con quanto disposto dall'art. 110 c.p.; e, infine l'art. 8 che riguarda l'individuazione della disciplina processuale, regolata dal codice di procedura civile, in quanto compatibile. Il giudice competente diventa pertanto quello civile che conosce dell'azione per il risarcimento del danno: la sanzione punitiva civile può essere, infatti, irrogata solo sul presupposto che il giudice civile accolga tale domanda di risarcimento.

Quanto alle questioni di diritto intertemporale contemplate all'art. 10, è prevista una deroga al principio generale di irretroattività delle preleggi di cui all'art. 11 ammettendo che le sanzioni pecuniarie civili possano essere applicate anche per i fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 7/2016 (cioè il 6 febbraio 2016), *“salvo che il procedimento penale sia stato definito con sentenza o con decreto divenuti irrevocabili”*. Se poi all'entrata in vigore della riforma si fosse già formato il giudicato penale di condanna per i reati abrogati (un caso per tutti, l'ingiuria), allora analogamente a quanto previsto per i reati trasformati in illeciti amministrativi, il giudice dell'esecuzione dovrà revocare la sentenza o il decreto penale di condanna, osservando l'art. 667, co. 4 c.p.p. Si veda sul punto GATTA G.L., *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, cit, p. 2.

Per ulteriori approfondimenti si veda GARGANI A., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di “riforma della disciplina sanzionatoria”*. (Art. 2 l. 28.4.2014 n. 67), in *Legislazione Penale*, Luglio, 2015, pp. 17 ss.

⁴³ E' inoltre possibile un pagamento rateizzato e non è ammessa alcuna forma di copertura assicurativa. L'obbligo non è trasmissibile agli eredi.

pertanto, come questa disposizione apra a scenari inediti e sempre più orientati in un'ottica di sussidiarietà ed *extrema ratio*.

L'esigenza che ha caratterizzato la riforma è stata dunque quella di razionalizzare l'ordinamento tanto sul piano sostanziale, che su quello processuale, ripristinando coerenza nel sistema⁴⁴. Se questa era l'esigenza principale che ha dato vita alla riforma, sull'opportunità o meno di inclusione o esclusione di talune fattispecie dal suo raggio di applicazione, diremo meglio in seguito.

Certo è che la razionalizzazione del sistema risulta conforme alla necessità di realizzare al meglio il principio di offensività riaffermando, per prima cosa che nel nostro attuale sistema normativo il reato deve rappresentare la lesione di un bene giuridico tutelato. Inoltre, tale esigenza richiama la necessità di ripristinare un rapporto virtuoso tra norma e destinatario, evitando così che il catalogo dei fatti penalmente rilevanti sia *“praticamente insondabile nella sua interezza ed effettiva estensione”*⁴⁵. Del resto, è la stessa Corte EDU, così come l'UE nell'esercizio delle competenze penali, oltre che la nostra Costituzione, ad indicare che il ricorso alla sanzione penale deve fare riferimento al criterio dell'*extrema ratio* e della sussidiarietà. E' peraltro noto come nella storia recente della nostra legislazione siano svariati gli elenchi di reati che hanno perso di attualità fornendo così *“un discreto contributo alla ‘caoticità’ del sistema”*⁴⁶.

In dottrina, si è inoltre rilevato, ma sul punto torneremo meglio in seguito, che la stessa l. 67/2014 proponga una *“depenalizzazione ‘a macchia di leopardo’ o comunque ‘alla cieca’ combinando la ‘soluzione presbite’ con quella ‘miope’ della depenalizzazione nominativa dell’art. 2 secondo comma”*⁴⁷. Così, dai lavori

⁴⁴ SELVAGGI N., *La depenalizzazione e le altre politiche deflattive nelle più recenti iniziative di riforma (con particolare riferimento alle novità introdotte dalla l. 28 aprile 2014, n. 67)*, in Archivio penale, 2014, 2, 1, pp. 1-2.

⁴⁵ IBID., p. 2. Si ricorda, in proposito, che la stessa Corte Costituzionale con la celebre sentenza n. 364 del 1988 ha sottolineato che il diritto penale deve costituire l'*extrema ratio* di tutela della società con un catalogo di norme non numerose, eccessive rispetto ai fini della tutela, formulate in maniera chiara, dirette alla tutela di valori almeno di rilievo costituzionale e tali *“da essere percepite anche in funzione di norme extrapenalistiche di civiltà effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono da operare”*, si veda p. 2.

⁴⁶ LOSAPPIO G., *Depenalizzazione, tranquillità personale e inquinamento acustico. L'art. 659 e la delega per la depenalizzazione delle contravvenzioni del c.p.*, cit., p. 3. L'Autore cita poi un interessante lavoro sul punto di PALAZZO F.C., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2014, 1693.

⁴⁷ LOSAPPIO G., *Depenalizzazione, tranquillità personale e inquinamento acustico. L'art. 659 e la delega per la depenalizzazione delle contravvenzioni del c.p.*, cit., p. 4.

preparatori non è facile evincere la *voluntas legislatoris* e comprendere lo sviluppo dell'*iter* legislativo, per cui risultano essere “*misteriose* le ragioni per le quali questi (e non altri) reati sono stati candidati alla trasformazione in illeciti amministrativi”⁴⁸.

Le opere di depenalizzazione sono di particolare interesse nell'ambito di una discussione sul principio di offensività poiché questo, nella scelta dei valori rilevanti per l'ordinamento, apre al “*poderoso compito di ricostruire la parte speciale del diritto penale, segnando la direttrice teleologica per le attività di incriminazione, di decriminalizzazione e di depenalizzazione*”⁴⁹. Infatti, da un lato, abbiamo il fenomeno della “*crescita incontrollata*” delle fattispecie incriminatrici e, dall'altro, le lacune riscontrabili nella repressione di “*gravi forme di attività antisociali*”⁵⁰. I due fenomeni, molto diversi tra di loro, possono provocare enormi danni se si considera sotto il primo profilo, l'indebolimento della prevenzione generale che impedisce di concentrare gli strumenti giudiziari e amministrativi, preventivi e repressivi, nella tutela di ciò che è veramente essenziale per la vita in una comunità⁵¹ e, sotto il secondo profilo, l'emergere di nuove aree sensibili impone una rinnovata attenzione del legislatore, onde evitare vuoti di tutela in una società che muta e che ha esigenze di protezione diverse.

Infatti, quando si parla di decriminalizzazione e depenalizzazione, ma sul punto torneremo più diffusamente nei prossimi paragrafi, dobbiamo considerare che sotto il primo versante i reati che tutelano interessi difficilmente conciliabili con la Costituzione o non più rilevanti o non più conformi alla realtà socio-culturale attuale dovrebbero essere appunto decriminalizzati. Sotto il secondo versante, a essere depenalizzati dovrebbero essere quei reati che tutelano interessi privi di rilievo costituzionale, pur se compatibili con la Costituzione e tuttora meritevoli di tutela

⁴⁸ IBID., p. 4. Per un approfondimento sui lavori di depenalizzazione nelle Commissioni ministeriali Nordio, Fiorella e Palazzo si veda pp. 4 ss. Si deve però in proposito rilevare che, da ultimo, il tema della depenalizzazione era assente nella proposta di legge n. 331 (XVII legislatura) da cui scaturisce l'*iter* parlamentare che ha condotto all'approvazione della legge delega. La relazione introduttiva della proposta di legge parallela (A.S.nr. 927) mostra come il concepimento di tale disciplina risale all'art. 2 co. 1 del D.L. 5019 (XVI legislatura) che prevedeva una delega al Governo per attuare una depenalizzazione realizzata sulla base delle direttive che, fondamentalmente, possono essere ricondotte a quelle individuate dalla Commissione Fiorella. Sulle problematiche relative alla mancata esposizione delle ragioni di una depenalizzazione si vedano pp. 8 ss.

⁴⁹ MANTOVANI F., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, cit., p. 458.

⁵⁰ IBID., p. 458.

⁵¹ IBID., p. 458.

giuridica, o di quei reati che hanno la funzione di prevenire offese ad interessi rilevanti (o non incompatibili) costituzionalmente⁵². Questo non tanto per seguire questo o quell'orientamento dei beni giuridici di rilevanza costituzionale, *ma più in generale per attuare, nella ricerca di un criterio distintivo tra illecito penale ed illecito amministrativo, il principio costituzionale di offensività*.

Come linea tendenziale infatti, rileva la dottrina, mentre l'ambito naturale dell'illecito penale è quello di fatti offensivi di interessi costituzionalmente significativi, quello dell'illecito amministrativo è l'ambito che concerne dei fatti offensivi di interessi costituzionalmente non incompatibili o dei fatti perseguiti per finalità di prevenzione di altri reati⁵³.

Nei paragrafi che seguono analizzeremo pertanto nel dettaglio la parabola della fattispecie di atti osceni dalla sua codificazione nell'art. 527 c.p. alla sua interpretazione correttiva, interpretazione che parte della dottrina ha proposto ai fini di renderla una fattispecie maggiormente "al passo con i tempi".

Sarà dunque interessante analizzare l'applicazione che ne è stata data dalla giurisprudenza per valutarne lo spirito repressivo o meno in una materia così delicata e dove i confini tra diritto penale e morale sono così complessi.

Infine, dopo aver chiarito, senza pretesa di completezza, la *ratio* delle scelte di depenalizzazione e della recente riforma del 2016, analizzeremo nel dettaglio la trasformazione della fattispecie di atti osceni in illecito amministrativo, verificando se tale scelta possa risultare coerente alla luce del principio anglo-americano del danno. Si tratta, pertanto, di un confronto comparato e teorico tra i due principi che prende ad oggetto una norma prevista dal legislatore italiano, senza che siano coinvolte altre fattispecie presenti nei sistemi di *common law* in questo campo.

⁵² IBID., p. 458.

⁵³ IBID., p. 459. Rileva l'Autore come, originariamente, il passaggio dallo Stato di polizia allo Stato di diritto avesse portato a trasformare in reati, generalmente contravvenzionali, gli illeciti amministrativi per sottoporre l'autore dello stesso alle garanzie del diritto e della giustizia penale e sottrarlo agli arbitrii della Pubblica Amministrazione. Certo è che nel tempo si è verificata una moltiplicazione e una stratificazione di reati che hanno "soffocato il diritto e processo penale, vanificando la possibilità di una seria politica criminale, repressiva e preventiva, e le garanzie del nulla poena sine lege e del nulla poena sine iudicio, in una generale disfunzione della giustizia". Ciò per l'assenza di una politica criminale consapevole. Non sorprende, dunque, che recentemente, ma in realtà è una tendenza che possiamo vedere ormai da decenni, si sia sviluppata un'ondata depenalizzatrice, "favorita anche dal crescente potenziamento delle garanzie delle procedure amministrative".

2.1.1. La fattispecie di atti osceni tra definizione codicistica e prassi applicativa.

La fattispecie di atti osceni, disciplinata all'art. 527 c.p., si inserisce all'interno del titolo dedicato ai delitti contro la moralità pubblica e il buon costume.

Per meglio inquadrare le vicende che hanno caratterizzato gli atti osceni fino alla sua attuale depenalizzazione, è opportuno inquadrare brevemente la storia dei delitti del titolo IX.

2.1.1.1. La problematicità dei beni giuridici tutelati: il concetto di moralità pubblica e di buon costume.

(A) I delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, la cui formulazione è stata di tormentata stesura fin dal codice del 1930, sono risultati non poco problematici⁵⁴.

Ciò per una serie di ragioni.

Tra queste è possibile citare, in primo luogo, l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, avente natura rigida, e la conseguente difficoltà di conciliare l'esercizio di libertà costituzionalmente garantite – tra cui la libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero – e la formulazione dell'art. 527 c.p. Allo stesso tempo, la stessa Carta Costituzionale cita, come limite costituzionale all'esercizio di tale libertà, il buon costume, andando esso a costituire parametro per determinarne l'ampiezza del contenuto⁵⁵.

In secondo luogo, vivo è stato il dibattito, in dottrina e in giurisprudenza, sulla definizione codicistica della nozione di libertà sessuale e sulla problematica (passata) distinzione tra violenza carnale e atti di libidine.

Infine, sono emerse molteplici difficoltà quanto alla definizione e all'inquadramento dei beni giuridici tutelati.

⁵⁴ MARINI G., *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la)*, in Dig. discipl. pen., Torino, VIII, 1994, 180, p. 180.

⁵⁵ IBID., p. 181. L'art. 21 Cost., infatti, così recita “*tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione*”. Sono però vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le manifestazioni *contrarie al buon costume*. Il parametro della legittima manifestazione del pensiero non è, dunque, la morale pubblica, ma il buon costume.

Ad ogni buon conto, vi è sostanziale accordo nel ritenere che il raggio di applicazione di tali fattispecie concerna l'area dei reati sessuali. Ciò che poi possa essere definito come reato sessuale è una delle questioni più controverse quanto ai rapporti tra diritto e morale e costituisce *“il banco di prova del livello di laicità o meno di un determinato diritto penale”*⁵⁶.

Un sistema penale non secolarizzato tenderà, infatti, a reprimere tutti quei comportamenti (asseritamente) definibili come immorali, a prescindere dal *danno ad altri* arrecato dagli stessi. *“Un diritto penale laico, viceversa, in applicazione di una ferrea separazione fra diritto penale e morale, assoggetterà a sanzione penale solo quelle condotte ‘sessualmente immorali’ tali da cagionare un danno ad altri”*⁵⁷.

Come è noto, la discussione tra diritto penale laico e liberale e diritto penale repressivo della mera immoralità è stata oggetto di acceso dibattito nell'ambito della dottrina di *common law*. Si ricorderà in proposito la disputa tra Hart e Devlin e la conclusione di Feinberg sul punto, derivante dagli studi di Mill. Questa, analizzata più diffusamente nel corso del precedente capitolo, può essere così sintetizzata *“non si può punire semplicemente perché una condotta è meramente immorale o perché arreca danno a colui che la pone in essere; ma solo si può punire una condotta che arreca danno ad altri”*⁵⁸. Risulta pertanto evidente che il settore in esame costituisce una delle parti dell'elaborazione dottrinale tra le più *mutevoli* nella storia del diritto penale.

Prima della riforma del 1996⁵⁹, apportata con la legge n. 66 del 15 febbraio, il titolo IX del codice Rocco si divideva in delitti contro la libertà sessuale e delitti che

⁵⁶ IBID., p. 4. L'Autore cita Fiandaca sul punto.

⁵⁷ IBID., p. 4.

⁵⁸ IBID., p. 4.

⁵⁹ IBID., p. 5. Il diritto penale di antico regime, pre-illuministico, tendeva a confondere il reato con il peccato, specie in materia sessuale. I codici preunitari, poi, sotto il profilo contenutistico facevano passi da giganti rispetto al diritto penale di antico regime abolendo taluni reati-peccato prima esistenti. Si pensi che lo stupro semplice veniva, salvo eccezioni escluso dal novero dei reati, l'incesto veniva invece punito, la sodomia veniva quasi sempre pretermessa, salvo eccezioni, e la prostituzione veniva repressa solo in riferimento a gravi episodi di sfruttamento o di abuso. L'oscenità veniva poi punita ma con definizioni talmente vaghe da far risultare di complicata delimitazione la sfera di estensione dell'illecito stesso.

Il codice del 1889 comprendeva all'interno di un unico titolo (VIII) i delitti contro il buon costume e i delitti contro l'ordine delle famiglie, considerando perciò la lesione dell'onore sessuale e la lesione della libertà sessuale come inscindibilmente connesse con l'offesa dell'ordine familiare. Interessante è notare come il Guardasigilli Zanardelli nella sua Relazione al progetto di codice abbia tenuto a sottolineare come fosse necessario che il legislatore non invadesse il campo della morale. Ecco

offendono il pudore e l'onore sessuale. In realtà, nonostante la recente opera di depenalizzazione, il titolo in questione risultava esangue.

Infatti, il capo relativo ai delitti contro la libertà sessuale, e non solo⁶⁰, era stato abrogato per trasferire tali fattispecie all'interno dei reati contro la persona e, in particolare, nella sezione dedicata alla tutela della libertà personale. La collocazione dei fatti violenti inerenti alla sfera sessuale assieme a quelli relativi al pudore aveva infatti provocato un dibattito molto acceso in dottrina e in giurisprudenza, dato che essi nascevano già come idonei a ledere in modo prevalente la libertà individuale con particolare riferimento all'inviolabilità carnale e alla disponibilità del proprio corpo, distinguendosi così dai fatti offensivi del pudore che riguardavano piuttosto la collettività dei consociati⁶¹.

In seguito a tali modifiche normative, pertanto, il capo I era sparito e del capo II restavano solo gli artt. 527, 528 e 529⁶², oltre agli artt. 537 e 538 c.p. oggi applicabili solo alle norme della legge Merlin. Infine, del capo III resta

perché, ad esempio, il "delitto contro natura" non venne sottoposto a pena, come invece accadeva, per la verità in via eccezionale rispetto agli altri codici preunitari, per il codice sardo.

Il codice Rocco, invece, disciplina tali delitti in due distinti titoli: il titolo IX "*Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*" e il titolo XI "*Delitti contro la famiglia*". Il codice prende pertanto in considerazione la diversa oggettività giuridica che accompagna i due titoli. Infatti, se l'offesa alla moralità pubblica e al buon costume è rivolta alla società e non al singolo o a gruppi di persone, costituendo questi dei beni collettivi, i delitti contro l'ordine della famiglia offendono direttamente l'organismo familiare "*considerato come un complesso di interessi autonomi; i quali incidendo sul nucleo fondamentale ed essenziale della vita dello Stato, sono oggetto di particolare e separata tutela penale*"⁵⁹. Si realizza dunque una distinzione tra moralità pubblica e buon costume e moralità e buon costume familiare, laddove il primo concerne una "*morale collettiva di un aggregato umano in una determinata epoca e di morale particolarmente riferita ai rapporti sessuali*", mentre il secondo concerne un particolare aspetto della morale sociale. Si pensi in questo ultimo caso a una pubblicazione periodica che potrebbe non avere carattere osceno e nondimeno recare offesa alla morale della famiglia. Le medesime attività potrebbero, infatti, non essere rilevanti penalmente nei termini di moralità pubblica. Si veda anche GABRIELI F.P. – DOLCE R., *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la)*, in Noviss. dig. it., Torino, X, 1968, 913, p. 914.

⁶⁰ CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, in Trattato di diritto penale (dir. da Cadoppi A. – Canestrari S. – Manna A. – Papa M.), Torino, UTET, 2009, p. 9. In primo luogo, infatti, vennero abrogati in virtù della l. n. 75/1958 (c.d. Legge Merlin) gli artt. da 531 a 536 in materia di prostituzione. Si abolirono così le c.d. case chiuse e si rimodellò la materia del meretricio. Successivamente, con la l. n. 442 del 1981 venne abrogata la fattispecie prevista all'art. 544 in materia di matrimonio riparatore. Infine, intervenne la citata l. n. 66 del 1996.

⁶¹ MARINI G., *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la)*, cit., p. 182. Si deve peraltro rilevare che la Corte Costituzionale ha più volte rigettato le varie denunce di illegittimità, affermando che esiste uno spazio di libertà riservato al legislatore per ciò che riguarda la possibilità di elevare a fatti illeciti determinate situazioni di vita, o negando la presenza di un'irragionevolezza di disciplina oggetto della doglianza, o negando la presenza di un interesse alla prospettata questione e così via. Si veda op. cit., p. 183. La Corte Costituzionale ha così sempre salvato la norma ritenendo non violato il principio di determinatezza.

⁶² Sul punto diremo più avanti quando tratteremo della recente legge di depenalizzazione.

esclusivamente l'art. 540 che, dettando la definizione di "rapporto di parentela" agli effetti della legge penale, non esaurisce i suoi effetti all'interno del titolo in esame, ma spiega effetti ormai solo al di fuori di esso⁶³.

(B) Quanto alla definizione dei beni giuridici tutelati dal titolo in questione, questi risultano, come è noto, non poco problematici.

Si è, infatti, affermato che *"il fatto che si parli di moralità pubblica non deve [...] trarre in inganno"* in quanto la moralità a cui si fa riferimento è ben più specifica di quanto lascerebbe intendere la locuzione utilizzata dal codice. Anche perché, a ben vedere, ogni reato offende la moralità pubblica *"se si fa coincidere tale nozione con le Kulturnormen (norme di cultura) diffuse nella collettività senza altra specificazione"*⁶⁴. La morale pubblica alla quale si fa, dunque, riferimento nel titolo in questione riguarda specificamente la sfera della sessualità. Sul punto torneremo meglio in seguito.

Le difficoltà definitorie trovano particolare spiegazione se si considera che le stesse nozioni di morale pubblica e di buon costume compaiono per la prima volta nel codice Rocco⁶⁵. La conseguenza non può, dunque, che essere una loro scarsa afferrabilità⁶⁶.

La distinzione tra moralità pubblica e buon costume lascia intendere che si debba far riferimento a due diverse nozioni giuridiche. Se originariamente, la tutela del buon costume era solo riflessa rispetto a quella della moralità pubblica, attualmente è il primo ad assorbire la seconda. Pertanto, la moralità pubblica che qui interessa è quella che fa riferimento all'ambito del buon costume⁶⁷.

Il concetto di buon costume, come vedremo meglio in seguito, fa riferimento esclusivo alla materia sessuale come *"il complesso delle abitudini di vita conformi alla civile convivenza nel campo della sessualità"* e non in generale alle abitudini

⁶³ CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, cit., p. 10.

⁶⁴ IBID., p. 3.

⁶⁵ IBID., p. 11.

⁶⁶ IBID., p. 11. Prima del codice, come abbiamo avuto modo di notare, i reati contro la moralità sessuale erano presenti, ma erano diversamente inquadrati – si pensi alla prospettiva dei reati contro la tutela delle famiglie. D'altra parte quando si tutelava direttamente il buon costume, ciò era giustificabile nell'ambito di un diritto penale ancora non pienamente secolarizzato, nonostante il fatto che, essendo il codice Rocco un codice del XX° secolo, tale aspetto potesse ben essere corretto fin dalla sua originaria formulazione.

⁶⁷ IBID., p. 10.

conformi alle regole di civile convivenza e di educazione sociale. Di conseguenza la morale rilevante è appunto esclusivamente quella sessuale.

Ad ogni buon conto, la vaghezza delle nozioni di moralità pubblica e buon costume ha comportato, inevitabilmente, e nonostante gli sforzi definitivi, una certa nebulosità delle fattispecie demandate alla loro tutela.

I problemi più rilevanti sono dati dal fatto che la moralità pubblica *“non è un diritto di libertà altrui, ma si risolve solo nella generica aspirazione al fatto che i costumi sessuali si ispirino alla continenza”*. Di conseguenza, un simile bene giuridico è difficilmente giustificabile all'interno del codice penale⁶⁸.

Ecco perché, ed è quello che cercheremo di dimostrare nei paragrafi che seguiranno, sarebbe totalmente diversa la prospettiva della criminalizzazione di alcune condotte attinenti alla sfera sessuale in vista della *protezione della libertà altrui* o in presenza di una chiara *dannosità sociale*⁶⁹.

Si pensi appunto all'imposizione alla vista altrui di un atto osceno: *“esso non appare rilevante penalmente in quanto produttivo di un danno al fumoso bene della moralità pubblica; piuttosto, ne è giustificata la punizione perché viene limitata la libertà (negativa) di chi ha il diritto di non vedersi ‘imposta’ invito domino la visione di un simile atto, a lui non gradito”*⁷⁰. Altre volte è un diverso bene giuridico a venire in gioco. Si faccia l'esempio della vendita a minori di riviste pornografiche. Ecco che in questa prospettiva il bene giuridico “si individualizza” trasformandosi da bene giuridico di carattere superindividuale a uno di carattere individuale che va a ledere una persona in carne e ossa. Ovviamente, una tale prospettiva comporterebbe una riforma più generale dei reati sessuali.

Così, se il capo I del titolo IX si inseriva con molte contraddizioni all'interno dei *delitti contro la moralità pubblica* e il *buon costume*, il capo II non conosceva tale contraddizione.

La tutela della morale pubblica e del buon costume coincideva, pertanto, fondamentalmente con la tutela del pudore e dell'onore sessuale.

⁶⁸ IBID., p. 12. La tutela penale può, infatti, incidere negativamente su diritti costituzionalmente tutelati, ai nostri fini si pensi alla libertà sessuale, solo qualora si risolva nella compressione della libertà altrui. Tale bilanciamento viene riconosciuto dalla stessa Corte Costituzionale come unico possibile nella delimitazione dell'area del penalmente rilevante, si veda sul punto op. cit.

⁶⁹ IBID., p. 12.

⁷⁰ IBID., p. 12.

In particolare, il *pudore sessuale* è quel sentimento che induce gli esseri umani al riserbo di tutto ciò che riguarda la manifestazione della libidine⁷¹. Tale nozione può essere intesa come il “*sentimento morale della propria dignità personale nei rapporti sessuali*”⁷². Si tratta di un bene che riguarda la generalità dei consociati e le fattispecie volte a tale tutela sono essenzialmente gli atti osceni e le pubblicazioni e gli spettacoli osceni, previste, come è noto, rispettivamente all’art. 527 e all’art. 528 c.p.

Il pudore risulta, come è facilmente intuibile, un bene di difficile valutazione. Nell’ottica del legislatore questo aveva una connotazione di carattere pubblicistico. Nonostante le molteplici difficoltà definitorie, *de iure condito* è il pudore a determinare la nozione di osceno.

L’art. 529 c.p. chiarisce, infatti, che agli effetti della legge penale sono osceni quegli atti e quegli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore. Non si considera però oscena l’opera d’arte o di scienza, salvo che, per motivo diverso da quello di studio, sia offerta in vendita, venduta o comunque procurata a persona minore degli anni diciotto⁷³. L’opera d’arte o di scienza, pertanto, non offende il pudore sessuale ove risulti *utile e necessaria* al progresso delle conoscenze. Sotto il profilo della qualificazione giuridica, normalmente l’art. 529 co.

⁷¹ IBID., p. 14.

⁷² GABRIELI F.P. – DOLCE R., *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la)*, cit., p. 915.

⁷³ L’opera d’arte o di scienza può essere uno scritto, un dipinto, una scultura o altro. La nozione di opera d’arte deve essere intesa in senso oggettivo e cioè prescindendo dal pregio artistico o scientifico. In altre parole, la natura artistica rende non punibile l’opera oscena, in quanto per finzione giuridica diventa non oscena. L’unica eccezione a tale regime di non punibilità dell’opera d’arte o di scienza è rappresentata dalle ipotesi di offerta in vendita, vendita o procacciamento, per motivo diverso da quello di studio, a persona minore degli anni 18.

La norma si presenta per la verità debole: in prima battuta, il motivo di studio dovrebbe essere proprio del minore, secondo la lettera della legge, e di conseguenza il venditore e l’offerente eccepiranno sempre la convinzione o falsa rappresentazione che il minore dovesse studiare l’opera oscena. In seconda battuta, si sono espressi dubbi quanto all’operatività di tale norma incriminatrice ricostruita quale reato di pericolo. La causa di non punibilità, infatti, riceve deroga, e dunque si sanziona, solo ove si verifichi l’evento naturalistico della vendita dell’opera al minore. Tale rischio risulta però implicito nella vendita dell’opera d’arte o di scienza oscena a minori.

Si tratterebbe così di una fattispecie autonoma che trova la propria *ratio* giustificatrice nell’immaturità della vittima, sulla quale risiede la dimensione dell’offensività della condotta. Si veda CRIMI S., *Offese al pudore o onore sessuale. Atti osceni*, in Trattato di diritto penale (dir. da Cadoppi A. – Canestrari S. – Manna A. – Papa M.), Torino, UTET, 2009, pp. 40 ss. Quanto all’elemento soggettivo di tale fattispecie autonoma, essa è da considerarsi dolosa, si vedano sul punto le pp. 53 ss.

2 c.p. viene considerato una scriminante che rende il fatto lecito per tutto l'ordinamento⁷⁴.

I criteri per interpretare il concetto di pudore sessuale sono fondamentalmente due.

Il primo, *storico-statistico*, intende il pudore come quello medio riscontrabile nella collettività in un dato momento storico. Tale criterio si caratterizza per essere *relativo* e non assoluto, dato che il comune senso del pudore muterà al mutare dei costumi sociali.

Per la seconda concezione, di carattere *deontologico*, si guarda al pudore che “ogni uomo dabbene dovrebbe avere”⁷⁵. In tale ipotesi, pertanto, il criterio sarebbe di tipo *assoluto* nel senso che la giusta misura del pudore non potrebbe variare nel tempo essendo una prerogativa dell'essere umano nei suoi stessi istinti⁷⁶.

La concezione più seguita in dottrina, e più conforme al principio democratico, risulta essere quella storico-statistica, pur variando, all'interno di essa, le posizioni dei vari Autori⁷⁷.

⁷⁴ Per ulteriori approfondimenti si veda op. cit., pp. 42 ss.

⁷⁵ IBID., p. 15. La stessa concezione relativistica è avallata dai lavori preparatori del codice del 1930 “laddove si agganciava il concetto di osceno alla ‘morale di un determinato popolo in un determinato momento storico’”.

⁷⁶ La concezione deontologica presenta, peraltro, una serie di problemi. In primo luogo, non vi è alcuna indagine empirico-scientifica che dimostri la sussistenza di un legame tra una tutela del pudore sessuale e l'armonico sviluppo della famiglia, elemento questo tutelato appunto dalla concezione in parola. Non solo. Se anche esistesse una connessione in tal senso, lo Stato non potrebbe imporre con la forza la diffusione di formazioni spontanee come l'unione familiare. In secondo luogo, del tutto indimostrato resta il legame tra la pubblica dissolutezza e la proliferazione della criminalità, poiché non risultano prove certe che dimostrino che il consumo di materiale erotico incrementi i crimini sessuali. Quanto chiarito basta per invocare il principio *in dubio pro libertate*, non potendo certo essere questa la strada per ridurre i crimini sessuali. Si veda sul punto CAMPAGNOLI G., *Il concetto di osceno penalmente rilevante alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in Cass. pen., 2006, 3, 905, par. 3.

⁷⁷ CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, cit., p. 15. Ad ogni buon conto, è opportuno evidenziare che tale concezione è andata progressivamente incontro ad alcune considerazioni critiche. Risulta, infatti, opportuno verificarne l'effettiva praticabilità. Da un lato si è, infatti, lamentata la mancanza di rilevamenti quantitativi condotti con metodo scientifico rigoroso, e dall'altro, si è esclusa la stessa possibilità di procedere a tali rilevamenti nell'applicazione giudiziale.

Comunque, le critiche decisive hanno riguardato un piano diverso. Quello che può essere letto come il pregio della teoria in questione e, cioè, la tendenza a riecheggiare i mutamenti del costume e, dunque a realizzare concretamente “il compito di eterointegrazione del giuridico tramite il sociale additato dall'interprete dall'art. 529 c.p.”, non ha tardato a trasformarsi in un suo inconveniente. Si pensi ad alcuni mutamenti nei costumi che si sono svolti dagli anni della stesura del codice Rocco ad oggi che potevano e possono ben cozzare con una mentalità chiusa e autoritaria dell'epoca precedente. Ecco che l'orientamento che in passato ha tentato di farsi spazio è risultato fondamentalmente ispirato a un'istanza deontologica restia ad assecondare una ritenuta involuzione dei costumi. Si veda FIANDACA

La giurisprudenza è assai variegata e non mancano prese di posizione a favore della tesi deontologica, anche se spesso le sentenze risentono di entrambe le concezioni⁷⁸.

Al di là dell'accoglimento dell'una o dell'altra teoria, il punto nodale della questione resta la definizione della soglia al di sopra della quale il pudore si può dire offeso. Ecco perché la nozione di osceno è stata negli anni passati soggetta a una riconsiderazione sotto il profilo della libertà dei singoli da ingerenze sgradite nella sfera sessuale *individuale*.

Quanto poi alla nozione di *onore sessuale* si tratta della “*reputazione nei rapporti sessuali*”⁷⁹ e, comunque, “*l’opinione che la generalità della popolazione professa circa i requisiti per i quali una persona è da ritenersi moralmente incensurabile sotto l’aspetto sessuale*”⁸⁰.

2.1.1.2. L’analisi della fattispecie di atti osceni.

Chiarito il dibattito relativo al bene giuridico tutelato e al contesto storico-penalistico nel quale i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume sono

G., *Problematica dell’osceno e tutela del buon costume*, CEDAM, Padova, 1984, p. 11. Per un approfondimento anche dei vari orientamenti che possono essere ricondotti alla concezione deontologica si veda op. cit., p. 12 e ancora pp. 20 ss. Più ancorata al diritto positivo risultava l’orientamento di Nuvolone, anche se l’asse interpretativo veniva spostato in una prospettiva deontologica. Si veda op. cit., p. 13. Per un’analisi e una critica della distinzione di pudore in senso statico e in senso dinamico, si veda op. cit., pp. 14 ss.

⁷⁸ MAZZANTI E., *La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenze di riforma*, in Cass. pen., 2012, 7-8, 2751B, par. 2. Sul punto torneremo tra breve per verificare, oltre al dato normativo, la *law in action* in materia di osceno, per verificarne l’effettiva portata applicativa. Basti qui rilevare che entrambe le tesi presentano notevoli profili di problematicità. La tesi storico-statistica, infatti, sebbene più conforme allo spirito democratico della nostra Costituzione, non riesce a spiegare in che cosa consista il *sentimento comune* e se esso coincida con il pudore-medio, moda, mediano.

⁷⁹ GABRIELI F.P. – DOLCE R., *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la)*, cit., p. 915.

⁸⁰ CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, cit., p. 16. La definizione è data dal Manzini. In tale contesto si ritrovavano il delitto di corruzione di minorenni, oggi riproposto in materia di delitti contro la persona, e i delitti in materia di prostituzione, poi trasferiti nell’ambito della legge Merlin. Di nuovo, il bene giuridico dell’onore sessuale, di scarsa afferrabilità, dovrebbe far capo all’individuo e non alla società. Tuttavia, la stessa legge del 1958 non agisce in tal senso.

La legge del 1958 ha infatti “*preveduto una serie di reati che non si fondano affatto sul consenso o dissenso delle (potenziali) vittime, ma che tutelano l’onore sessuale come un bene di carattere pubblicistico, a prescindere dalla volontà (o dalla più o meno effettiva libertà) delle persone coinvolte nel fenomeno della prostituzione*”. Si evidenzia come l’onore sessuale poteva al più essere ricondotto all’interno dei *delitti contro l’onore*, appartenenti ai reati contro la persona, dovendosi comunque attribuire una qualche rilevanza al problema del consenso della vittima.

andati sviluppandosi, è ora opportuno passare più da vicino all'analisi della fattispecie di atti osceni.

La norma così si esprimeva prima della recente riforma di depenalizzazione:

“Chiunque, in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, compie atti osceni è punito con la reclusione da 3 mesi a 3 anni.

La pena è aumentata da un terzo alla metà se il fatto è commesso all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e se da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano.

Se il fatto avviene per colpa, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 51 a euro 309”.

Attualmente per l'ipotesi di cui al primo comma la sanzione è quella amministrativa pecuniaria da euro 5.000 a euro 30.000. Al secondo comma resta la reclusione – da quattro mesi a quattro anni e sei mesi.

Fin da una prima lettura della norma, si conferma che il bene giuridico risulta vago e caratterizzato da concetti eminentemente valutativi.

Come è stato opportunamente notato⁸¹, la tassatività e la precisa intellegibilità di una legge derivano *“dall'ascolto accordato, nell'utilizzo della tecnica di redazione della norma incriminatrice, al comune sentire sociale”*. Infatti, *“una norma che si allontani dalla public opinion, che non s'informi cioè alle Kulturnormen, rischierebbe di creare aree di incertezza applicativa anche di fronte a un testo redatto con precisa (apparente) determinatezza”*.

Se negli ordinamenti di *common law*, per tradizione e a causa del principio dello *stare decisis*, le norme che tutelano la moralità sono presenti e anzi *“alimentano i precetti primari”*⁸² del diritto anglo-americano, nel nostro ordinamento la stessa configurazione costituzionale della materia non rende ammissibile un intervento sanzionatorio che costituisca una mera deviazione dalla morale comune

⁸¹ IBID., p. 20.

⁸² IBID., p. 25.

*“improduttiva di danni a terzi, né per causa di disobbedienza od infedeltà al potere costituito”*⁸³.

Sotto il profilo contenutistico, la vaghezza della nozione di osceno ha posto particolari profili di legittimità costituzionale dell’art. 529 c.p.⁸⁴

Venendo all’analisi del reato previsto dall’art. 527 c.p., per quanto concerne il soggetto attivo, si tratta di un reato comune che può essere commesso da *chiunque*.

Il bene giuridico, come abbiamo detto, è il *pudore*. E’ opportuno spendere ancora qualche parola su tale concetto.

Il pudore costituisce, infatti, il contenuto dell’interesse tutelato, il quale ruota attorno al concetto di oscenità e allo stesso tempo è il principale criterio di valutazione delle condotte umane dal punto di vista della loro conformità al buon costume⁸⁵.

⁸³ IBID., p. 23. Peratro, la Carta Costituzionale ha avuto, a codice invariato, un grande impatto interpretativo nella materia che qui ci occupa. Riconoscere che il buon costume costituisca un limite al diritto di manifestazione del pensiero comporta il sorgere di interrogativi già sul piano dei principi fondanti il diritto penale e, in particolare, quello di *extrema ratio* e di dannosità sociale. Per evitare che l’ordinamento persegua un modello astratto di regole morali, ma tuteli beni umani di carattere fondamentale è, pertanto, opportuno chiedersi quali siano i limiti dell’intervento penale specie nell’ottica di evitare una disapplicazione della norma incriminatrice.

⁸⁴ IBID., p. 27. Questa norma, laddove lascia discrezionalità al giudice nella valutazione e nella qualificazione degli atti come osceni sulla base del comune sentimento, ha posto profili di legittimità costituzionale con riferimento all’art. 3 Cost., poiché rimette, di fatto, al giudice la possibilità di ritenere sussistente o meno il reato. La Corte Costituzionale ha, in realtà, dichiarato manifestamente infondata la questione proprio alla luce della nozione di pudore. Questa si caratterizza per considerare il senso medio, normale della verecondia, in un determinato spazio e in un dato momento storico. Così *oggettivizzata*, la nozione di pudore consente di escludere il pericolo di una disparità di trattamento. Il giudice, infatti, deve tener conto degli orientamenti della comunità nazionale, e non di un’unica area del Paese, considerando in particolare le circostanze concrete nelle quali la condotta si è sviluppata. Analoghe questioni di legittimità costituzionale sono emerse con riferimento al principio di legalità. La Corte Costituzionale ha, infatti, specificato che la legalità non si attua solo con la rigorosa e tassativa descrizione della fattispecie, ma anche con l’uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per verificare se una determinata condotta lo abbia violato⁸⁴. La Consulta ha dunque individuato un significato semantico del concetto di osceno, corrispondente al *normale uso linguistico*. Un tale meccanismo interpretativo è anche idoneo ad evitare le conseguenze, spesso destabilizzanti, di un eventuale vuoto normativo.

Il principio di conservazione dei valori giuridici impone il mantenimento in vita di una norma di legge quando a questa possa essere riconosciuto almeno un significato conforme a Costituzione. Tuttavia l’Autore afferma che *“a noi sembra che, ferme le esigenze di conservazione dello strumento penale, ove il rischio sia quello del disarmo totale, pur affermando la necessità di una tutela penale contro gli oltraggi al pudore sessuale, sarebbe ipocrisia negare la frustrazione del finalismo rieducativo della pena quando il singolo individuo sociale non sia messo in condizione di afferrare il bene giuridico, evanescente, e la cui offesa si pretenda penalmente sanzionata”*. In realtà, si afferma, solo il principio di solidarietà sociale concede la possibilità di salvare la norma dalla disapplicazione e, forse, dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale. *“Ciò perché l’ordinamento ha cura dei consociati, anche in relazione al loro sentimento del pudore in ambito sessuale. E tale bene giuridico certamente appare meritevole e bisognoso di pena”*.

⁸⁵ IBID., p. 31.

Il pudore tutelato si ritiene che non sia ormai quello pubblico, calato dall'alto, ma quello comune ai singoli individui, ai consociati, in un dato momento storico. Comune è pertanto il sentimento non della maggioranza, ma dell'uomo normale⁸⁶.

Di conseguenza osceno “è l'atto od oggetto che offenda, secondo il normale sentire etico e psicologico dell'uomo maturo, alieno da fobie o manie per il sesso, che accetti il fenomeno sessuale come dato fondamentale della persona umana, i sensi di riserbo e di ombratilità che circondano il fenomeno della riproduzione sessuale, provocando nell'altro da sé (ed ovviamente nell'autore della condotta) sensazioni di disgusto e di repulsione”⁸⁷.

Secondo la giurisprudenza, unanime, per pudore deve intendersi una “reazione emotiva, immediata e irriflessa di disagio, turbamento e repulsione in ordine a organi del corpo o comportamenti sessuali che, per ancestrale istintività, continuità pedagogica, stratificazione di costumi ed esigenze morali, tendono a svolgersi nell'intimità e nel riserbo”⁸⁸. L'atto, poi per assumere rilevanza penale deve ledere il pudore inteso secondo il comune sentimento e, dunque, mentre “il pudore costituisce un elemento-parametro, l'oscenità assurge a elemento-variabile capace di evolversi col sentire comune”⁸⁹. Il comune sentimento del pudore viene pertanto inteso, in giurisprudenza, come quello afferente all'uomo normale “intendendosi per tale l'individuo che, avendo raggiunto la maturità sul piano etico e psichico, è alieno dalla fobia come dalla mania per il sesso, e nell'accettare il fenomeno sessuale come dato fondamentale della persona umana, non ne fa tuttavia un mito”⁹⁰.

Il rischio, in questa materia, è che si accolga una concezione giusnaturalistica di bene giuridico che preesiste all'uomo. Se il pregio è quello di mantenere alto nel tempo il livello di protezione dello Stato a fronte di manifestazioni oscene, si rischia però di cristallizzare una nozione assiologica di buon costume in modo tale che esso acquisti una valenza tutta normativa che vada a coincidere con l'atteggiamento etico-

⁸⁶ Per approfondimenti e qualche nota problematica sul punto si veda CAMPAGNOLI G., *Il concetto di osceno penalmente rilevante alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, cit., par. 5.

⁸⁷ CRIMI S., *Offese al pudore o onore sessuale. Atti osceni*, cit., p. 32.

⁸⁸ MAZZANTI E., *La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenze di riforma*, cit., par. 2.

⁸⁹ IBID., par. 2.

⁹⁰ IBID., par. 2.

sociale della comunità a fronte di manifestazioni sessuali. Il risultato sarebbe pertanto quello di tutelare, finalisticamente, la collettività dalla degenerazione dei costumi e dalla corruzione sessuale⁹¹.

Tale impostazione deontologica non può essere accolta, rischiando di andare a punire atteggiamenti ritenuti meramente immorali. Ecco allora che l'impostazione da accogliere considera oltraggioso del pudore l'atto che *offenda i sentimenti di riservatezza e di verecondia in ambito sessuale, con riferimento all'uomo normale*⁹².

Il reato in questione è un *reato di pericolo*. Ciò in particolare se si nota che la dimensione della nozione di pudore è collettiva, dato che *non è necessario* ai fini dell'applicabilità della norma incriminatrice *che si verifichi l'offesa di una o più persone determinate o indeterminate*. Ad ogni buon conto, nonostante in passato fosse emersa anche una teoria che lo considerava reato di pericolo astratto, più opportuno è l'accoglimento della tesi del reato di pericolo concreto secondo il quale l'interesse giuridicamente tutelato deve essere accertato e non meramente presunto: il fatto non sarebbe punibile ove venisse commesso in un luogo pubblico dove però nessuno abbia la possibilità di vederlo. Inoltre, il reato *non sussiste se*, per la *natura del luogo* ed il momento del *fatto*, ovvero per le *precauzioni* adottate, la possibilità di essere veduto doveva *escludersi con probabilità vicina alla certezza*⁹³.

⁹¹ CRIMI S., *Offese al pudore o onore sessuale. Atti osceni*, cit., p. 34.

⁹² IBID., p. 35. L'Autore specifica poi che: "*non vogliamo nascondere che un simile approccio ermeneutico possa effettivamente assumere la propria forza di persuasione dall'esistenza di un modello ideal-morale di uomo normale. Tuttavia, l'aggancio alla mutevolezza della situazione storica, dei luoghi e della forma mentis non indebolisce la tesi, così come la cristallizzazione di regole prudenziali nel settore della colpa non impedisce l'incriminazione, né l'adeguamento delle cautele esigibili in connessione con l'evoluzione delle tecnologie*". Per ulteriori approfondimenti si veda p. 35, specie per quanto riguarda la concezione statistica. Secondo una diversa impostazione interpretativa, lo stesso concetto penale costituzionale di buon costume sarebbe, comunque, troppo esteso e vago. Il riferimento all'art. 21 Cost. è, in ogni caso, da riferire alla sfera sessuale. Il diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero, come è noto, prevale nettamente sulla tutela contro gli oltraggi al pudore, ma in ogni caso la tutela penale del pudore trova fondamento nella dimensione costituzionale del bene giuridico buon costume.

⁹³ IBID., p. 37. Trattandosi di reato di pericolo, il delitto non è punibile nella forma tentata.

In giurisprudenza si sono poi distinte le opzioni interpretative per quanto attiene al contenuto del pericolo. La prevalente corrente ritiene che non sia necessaria la presenza di qualcuno al compimento dell'atto. Un ulteriore orientamento ritiene però che il reato sarebbe di pericolo proprio in quanto non sarebbe richiesta la prova del concreto turbamento della persona offesa. Infine, un ultimo orientamento ritiene che sarebbe sufficiente la possibilità di offendere il bene del pudore. Quest'ultima tesi pare contraria, però, alla lettera del combinato disposto tra gli artt. 527 e 529 c.p., dal quale si evince che sono puniti gli atti osceni in quanto *offendono* il comune sentimento del pudore. MAZZANTI E., *La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenze di riforma*, cit., par. 2.

Il comma secondo prevede poi un'aggravante speciale ad effetto speciale per le condotte di atti osceni realizzate all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori. Tale aumento sanzionatorio opera solo ove dalla situazione di vita derivi il pericolo che essi minori assistano alla rappresentazione, con rischio per la loro salute psicologica in ambito sessuale.

Per quanto concerne la nozione di atti osceni e, dunque, l'elemento oggettivo, la fattispecie incrimina la condotta di chi *compie atti osceni in luogo pubblico, aperto al pubblico, esposto al pubblico ovvero all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori*. Si tratta pertanto di un reato a forma libera e necessariamente commissivo, non rilevando la condotta omissiva – si pensi all'ipotesi del voyeur⁹⁴. La *visione* degli atti rispetto a soggetti terzi non consenzienti concreta il pericolo per il bene protetto.

Gli atti possono essere considerati osceni quando provocano un senso di repulsione e dato che oggetto di tutela è il pudore sessuale, osceno è sinonimo di laido o di sconcezza impudica⁹⁵.

Gli atti, nella ricostruzione tradizionale, possono poi essere considerati assolutamente osceni, relativamente osceni e assolutamente non osceni⁹⁶.

Bisogna specificare, quanto alla sussistenza di scriminanti che anche la consuetudine può escludere la rilevanza di condotte relativamente oscene in virtù dell'evoluzione dei costumi⁹⁷. Sul punto la dottrina si è interrogata a lungo. Vedremo tra breve le coordinate principali del dibattito.

⁹⁴ CRIMI S., *Offese al pudore o onore sessuale. Atti osceni*, cit., p. 44. Il verbo che oltrepassi la soglia della decenza può integrare il delitto di atti osceni. In mancanza, l'indecente resta rilevante ai sensi dell'art. 726 c.p. e la manifestazione verbale ingiuriosa rileverà ai sensi dell'art. 594 c.p. Sul punto, per la rilevanza della depenalizzazione si vedano i paragrafi che seguono.

⁹⁵ IBID., p. 44. E' opportuno specificare che gli atti osceni possono essere svolti anche su animali o cadaveri.

⁹⁶ IBID., pp. 44 ss. Nel primo caso, si tratta di atti di congiungimento carnale e atti di libidine, eterosessuali o omosessuali, consumati, tentati o simulati, naturalmente se svolti in luogo pubblico, aperto o esposto al pubblico.

Nel secondo caso, si tratta di atti che offendano il pudore non per se stesso, ma in connessione con date modalità di tempo, luogo e persona, avuto riguardo all'offeso come all'offensore. La contrarietà al sentimento del pudore può non dipendere dall'oscenità degli atti, ma dall'offesa che può derivarne al pudore sessuale. Del pari, non avrebbero idoneità offensiva quegli atti che pur avendo significato osceno vengano consumati nella sfera privata.

Infine, assolutamente non osceno è il rumore molesto intestinale.

⁹⁷ Si veda per approfondimenti, op. cit., p. 48.

Come è facile comprendere, rilevante risulta essere la nozione di luogo pubblico, aperto al pubblico ed esposto al pubblico⁹⁸.

Infine, per quanto riguarda l'*elemento soggettivo*, l'art. 527 c.p. puniva gli atti osceni nella forma del delitto doloso e colposo. Gli atti osceni colposi, come abbiamo avuto modo di notare, erano già stati depenalizzati nel 1999 e sono oggi soggetti a sanzione amministrativa pecuniaria: restano, o almeno restavano fino alla recente depenalizzazione, penalmente rilevanti gli atti osceni dolosi. Si tratta di dolo generico.

Il delitto si consuma nel tempo e nel luogo in cui si sia verificata la condizione di punibilità, in corrispondenza con la cessazione degli atti osceni⁹⁹.

⁹⁸ E' *pubblico* il luogo accessibile a tutti i consociati, come strade pubbliche piazze e così via. La rilevanza fondamentale della condotta che viene svolta all'interno del luogo pubblico è da ricondursi al fatto che essa acquista a quel punto una sua visibilità e, quindi, una sua pubblicità visiva e ambientale. Sussiste dibattito se la pubblicità del luogo costituisca condizione obiettiva di punibilità o elemento costitutivo del reato, con notevoli ripercussioni quanto allo studio dell'elemento soggettivo. Quest'ultima tesi risulta avvalorata dalla necessità di cancellare ogni forma di responsabilità oggettiva da un lato, e dalla modifica del 1990 in materia di imputazione delle circostanze aggravanti, dall'altro. Infatti, altrimenti opinando, non si capisce come mai il luogo pubblico dovrebbe giustificare la mera punibilità del reato quando per addebitare una circostanza aggravante, invece, dovrebbe essere indagato il dolo.

Non rileva che ad assistere siano presenti una o più persone, a differenza dell'art. 266 ult. co. n. 2, c.p. Nei fatti progressivi poi, laddove cioè alcuni di essi si siano svolti in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, mentre quelli conclusivi che realizzano l'offesa al pudore si siano svolti nel riserbo, il delitto di atti osceni non può dirsi integrato. Se, invece, la progressione si spiega da un luogo privato e si conclude all'esterno, gli atti conclusivi, seppur di per se stessi osceni possono esprimere l'offesa al pudore sessuale altrui.

Si deve comunque notare che l'espletamento di bisogni fisiologici in luogo pubblico non concreta gli estremi del delitto di atti osceni ma, al più, la contravvenzione di atti contrari alla pubblica decenza, "*salvo che vengano mostrate nudità invereconde*", si veda p. 46.

Aperto al pubblico è invece il luogo in cui l'accesso sia meramente condizionato ad orari, pagamenti o altre circostanze (si pensi a un cinema, un museo, un ospedale, una tabaccheria e così via enumerando).

Esposto al pubblico è, infine, un ambiente visibile da una cerchia indeterminata di persone (si pensi all'auto senza vetri oscurati, ad un'abitazione).

Per quanto concerne la nozione di luogo abitualmente frequentato da minori, è opportuno fare qualche precisazione. Si tratta, possiamo affermare, di luoghi abitualmente frequentati da minori, come scuole, giardini, campi sportivi, escludendo così luoghi in cui non risulta normale che dei minori siano presenti.

Quanto al collegamento tra la pubblicità del luogo e la configurazione degli atti osceni quale reato di pericolo, è opportuno un chiarimento. Infatti, secondo parte della giurisprudenza, sarebbe necessaria una distinzione.

Nel caso di atti osceni commessi in luogo pubblico, dato che nessuno potrebbe vantare uno *ius excludendum*, basterebbe l'astratta visibilità; nel caso di luogo esposto al pubblico, la visibilità dell'atto dovrebbe essere accertata in concreto. Sulla condivisibilità o meno di tale distinzione diremo meglio in seguito, specie in considerazione di una possibile ricostruzione della fattispecie come lesiva del principio di autonomia individuale così come inteso nel diritto anglo-americano. Basti qui rilevare che la distinzione, se viene in linea teorica condivisa da parte della dottrina italiana, viene utilizzata dalle corti più per condannare che per assolvere. Si veda sul punto MAZZANTI E., *La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenze di riforma*, cit., par. 2.

La fattispecie è punibile d'ufficio.

Dato che la recente depenalizzazione ha interessato anche la fattispecie di pubblicazioni e spettacoli osceni, è opportuno un breve cenno. L'art. 528 c.p. così recitava:

⁹⁹ CRIMI S., *Offese al pudore o onore sessuale. Atti osceni*, cit., p. 52. E' sufficiente un solo atto osceno perché si concreti il tipo e la pluralità di atti non determina la pluralità di delitti, salvo che la pluralità di episodi sia posta in essere in esecuzione del medesimo disegno criminoso. Per quanto concerne le circostanze del reato e i rapporti con altre fattispecie si vedano le pp. 53 ss. *Basti qui rilevare che la fattispecie di atti osceni può concorrere con il delitto di violenza sessuale*, andando a tutelare due *distinti beni giuridici*. Il primo riguarda la tutela del pudore sessuale, il secondo la tutela della libertà di autodeterminazione dell'individuo nella sfera sessuale. La giurisprudenza ha chiarito che i toccamenti di parti del corpo coincidenti con zone erogene possono ben concretare gli estremi della violenza sessuale, ma non è detto che l'atto di violenza sessuale possa offendere il pudore *ex necessitate*. Per esempio, i toccamenti dei glutei in ambiente lavorativo costituisce un atto sessuale punibile *ex art. 609 bis c.p.* Si pensi al caso in cui *"i toccamenti non abbiano stimolato desideri scostumati e sconci nell'osservatore esterno"*, ma potrebbe non essere esclusa la contravvenzione di cui all'art. 726 c.p. Inoltre la potenzialità lesiva per il pudore deve essere accertata in concreto.

Per quanto concerne poi il rapporto con gli *atti contrari alla pubblica decenza* prevista all'art. 726 c.p., questa punisce *"chiunque, in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, compie atti contrari alla pubblica decenza"*. Sono contrari alla pubblica decenza gli atti e le manifestazioni che possano offendere il sentimento collettivo della più elementare costumatezza, di quel minimo di decoro che si conviene nei rapporti comunitari. Il pudore e la pubblica decenza sono comunque due concetti giuridici diversi. Quest'ultima è, infatti, quel minimo di convenienza e di decoro che deve presiedere i rapporti tra i consociati, secondo il grado di civiltà di un popolo in un dato momento della storia (l'art. 725 c.p. sanziona poi la condotta di commercio di scritti, disegni od altri oggetti contrari alla pubblica decenza). Sono pertanto contrari alla pubblica decenza quegli atti che, al contrario degli atti osceni, *non toccano la sfera degli interessi sessuali, "ma ledono semplicemente le regole etico sociali attinenti al normale riserbo ed alla elementare costumatezza, sì da riprodurre, se non anche disgusto, quanto meno disagio, fastidio e riprovazione, avuto riguardo ai comuni parametri di valutazione, rapportati allo specifico contesto ed alle particolari modalità del fatto"*. Insomma, l'offesa alla pubblica decenza si rinviene in tutte quelle *"condotte sconvenienti, indecenti e indecorose che non lambiscano l'ambito sessuale e che nulla abbiano a che vedere con l'istinto di libidine"*. Secondo larga parte della giurisprudenza, poi, il discrimine non riguarda soltanto e non tanto l'intensità dell'attacco al bene giuridico, ma proprio il bene giuridico tutelato che per gli atti osceni è appunto il riserbo verso ogni manifestazione dell'altrui libidine. Si pensi all'esibizionismo non tanto finalizzato a esternare la concupiscenza, quanto a manifestare disprezzo verso la persona offesa. Sul punto si veda *funditus* MAZZANTI E., *La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenze di riforma*, cit., par. 2. Per ulteriori approfondimenti relativamente al rapporto tra buon costume e pubblica decenza, si veda FIANDACA G., *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, cit., pp. 26 ss.

Gioverà fare un accenno finale al rapporto tra gli atti osceni previsti all'art. 527 co. 2 c.p. e il *reato di corruzione di minorenne*, il quale punisce il compimento di atti sessuali in presenza di minore degli anni quattordici al fine di farlo assistere. Secondo CRIMI S., *Offese al pudore o onore sessuale. Atti osceni*, cit., p. 59, il delitto di corruzione di minore si pone in rapporto di specialità reciproca o bilaterale. I due reati hanno, in primo luogo, beni giuridici diversi e solo il 609 *quinquies* c.p. richiederebbe il dolo specifico. L'aggravante degli atti osceni inoltre è molto più afflittiva rispetto alla corruzione di minore, evidenziando un difetto di coordinamento tra le due fattispecie. Inoltre l'art. 527 c.p. si riferisce anche agli altri ultraquattordicenni.

“Chiunque, allo scopo di farne commercio o distribuzione ovvero di esporli pubblicamente, fabbrica, introduce nel territorio dello Stato, acquista, detiene, esporta, ovvero mette in circolazione scritti, disegni, immagini od altri oggetti osceni di qualsiasi specie, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa non inferiore a euro 103.

Alla stessa sanzione soggiace chi fa commercio, anche se clandestino, degli oggetti indicati nella disposizione precedente, ovvero li distribuisce o espone pubblicamente.

Tale pena si applica inoltre a chi:

1) adopera qualsiasi mezzo di pubblicità atto a favorire la circolazione o il commercio degli oggetti indicati nella prima parte di questo articolo;

2) dà pubblici spettacoli teatrali o cinematografici, ovvero audizioni o recitazioni pubbliche, che abbiano carattere di oscenità.

Nel caso preveduto dal numero 2, la pena è aumentata se il fatto è commesso nonostante il divieto dell'Autorità”.

Attualmente, la pena prevista al co. 1 è quella della sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 a euro 50.000, mentre al co. 3 si applicano ancora la reclusione da tre mesi a tre anni e la multa non inferiore a euro 103.

Brevemente, possiamo rilevare che l'ipotesi prevista al primo comma rappresenta un'ipotesi di reato di pericolo astratto. L'opera risulta oscena quando *“è caratterizzata da una sorta di pansessualismo fine a se stesso, da una serie di immagini, suoni, narrazioni il cui tessuto connettivo sia in larga parte costituito da qualcosa che richiama il rapporto sessuale”*¹⁰⁰.

La pubblicità del materiale osceno costituisce un elemento costitutivo della fattispecie, ove espressamente previsto dal legislatore e requisito essenziale perché si realizzi l'offesa al buon costume in tutti gli altri casi. In altre parole, la pubblicità si realizza quando l'oscenità è idonea a essere percepita da un numero indeterminato di persone¹⁰¹.

¹⁰⁰ GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, tomo II, Nel diritto editore, Roma, 2011, p. 235. L'ultima edizione del manuale è del 2017.

¹⁰¹ IBID., p. 236. Si cita in proposito la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 18 del 1992. In particolare, non rileva penalmente il commercio di prodotti osceni, *“quando realizzato con particolari modalità di riservatezza e di cautela nei confronti di soggetti adulti”*, pertanto con modalità tali da prevenire la reale o potenziale lesione del pudore. Inoltre, le riprese o le prove, ad esempio di spettacoli teatrali, non costituiscono ancora l'elemento materiale della fattispecie, in quanto se singolarmente prese non necessariamente comportano una loro utilizzazione né una non

In tale ipotesi il dolo è specifico poiché consiste nello scopo di fare commercio, distruzione o pubblica esposizione di scritti, disegni, immagini od altri oggetti osceni di qualsiasi specie.

2.1.1.3. La vaghezza della fattispecie di atti osceni alla riprova del formante giurisprudenziale.

La vaghezza che caratterizza la fattispecie di atti osceni rende opportuna una breve considerazione della giurisprudenza in materia.

Il rapporto tra buon costume, pudore e oscenità risulta non poco complesso specie se si considera il mutamento di prospettiva alla luce della valorizzazione della libertà sessuale¹⁰². Si tratta pertanto di saggiare l'ampiezza dell'area del *pubblico* e del *privato*. Da un lato, infatti, come si è giustamente notato, la persona e il suo corpo vengono spesso considerate un luogo pubblico e di libero intervento da parte del legislatore, dall'altro, invece, *“bisogna stigmatizzare l'incauta spensieratezza con cui molti tendono a condividere fatti e comportamenti che, per tradizione o natura, consiglierebbero o imporrebbero scenari intimi”*¹⁰³.

Nella prassi¹⁰⁴ è, così, emerso in primo luogo come le procure spesso si basino sugli atti osceni per far fronte a episodi di violenza sessuale.

funzionalità rispetto ad un'opera effettivamente artistica. Solo con il montaggio si realizzerà l'elemento consumativo del reato. Inoltre, la l. n. 335/1975 ha previsto un esonero di responsabilità da parte degli edicolanti purché le opere oscene non siano visibili al pubblico. Il legislatore negherebbe, pertanto, la tipicità della fattispecie. Per approfondimenti sul punto si veda MARINI G., *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la)*, cit., p. 185.

Ancora, per approfondimenti sui rapporti tra la tutela dall'osceno e dall'indecente e la disciplina dell'attività di stampa e di comunicazione radiotelevisiva, si veda ult. op. cit., p. 185.

¹⁰² MAZZANTI E., *La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenze di riforma*, cit., par. 1.

¹⁰³ IBID., par. 1.

¹⁰⁴ E' opportuno notare che le aree di interesse giurisprudenziale, con diverse decisioni, possono essere così schematizzate: l'esibizione di organi genitali; il nudo integrale, la *lap-dance*, la masturbazione, la proiezione di film nelle sale c.d. a luci rosse, il bacio, l'amplesso in macchina, l'uso di linee telefoniche erotiche, e la definizione di cosa si intenda e quali siano i luoghi pubblici. La casistica è varia e non è possibile qui approfondirla nel dettaglio. Di seguito si svolgeranno quindi delle considerazioni che prendano a riferimento il fenomeno come globalmente rilevante verificando gli orientamenti della giurisprudenza nei suoi termini essenziali, ma che aiutino una comprensione della norma dal punto di vista della sua applicazione pratica. Si veda per approfondimenti sulla casistica SILVESTRI P., *Artt. 527, 528 e 529 c.p.*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina* (a cura di Lattanzi G. – Lupo E.), X, II, Giuffrè, Milano, 2015.

Tale ultimo reato, come è noto, è punibile a querela della persona offesa, mentre il primo d'ufficio. Ebbene, l'art. 609 *septies* c.p. dispone che il fatto, e quindi anche la violenza sessuale, risulta punibile d'ufficio qualora sia commesso assieme a un altro reato perseguibile d'ufficio¹⁰⁵.

In secondo luogo, e ancora più problematica, è la circostanza per cui le corti svalutano di frequente l'elemento psicologico del reato, arrestandosi all'analisi del mero dato oggettivo e, in particolare, alla condizione di luogo¹⁰⁶.

Ma andiamo con ordine.

Alcuni esempi di casi concreti possono risultare utili per meglio inquadrare la norma così come essa vive nelle decisioni dei tribunali.

Un caso recente analizzato dalla giurisprudenza di merito¹⁰⁷ ha riguardato una coppia di giovani che aveva consumato un rapporto a bordo di un treno. Un terzo soggetto denunciava il fatto in quanto asserita vittima. L'imputazione era quella di violenza sessuale di gruppo, concorso in lesioni aggravate e concorso in atti osceni. I giovani negano la responsabilità per i due reati e confermano la consumazione del rapporto sessuale, totalmente consensuale. In conclusione, i due andavano assolti per i primi due reati, ma venivano condannati a due mesi di reclusione per l'ultimo. Questo perché il rapporto sessuale, per loro stessa ammissione, veniva consumato all'interno di uno scompartimento del treno, luogo pubblico in quanto normalmente e continuativamente accessibile a un numero illimitato di persone. In realtà, del rapporto nessuno prese effettiva visione.

Ecco che emerge tutta la problematicità agli interessi sociali che soggiacciono a questa forma di repressione.

Non solo. Due altre aree hanno recentemente interessato il dibattito sugli atti osceni. Si tratta degli spettacoli di *lap-dance* e dell'esibizionismo libinoso.

¹⁰⁵ MAZZANTI E., *La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenze di riforma*, cit., par. 2.1.

¹⁰⁶ IBID., par. 2.1. L'Autore rileva come vi sia una diversa prospettiva sul punto di dottrina e giurisprudenza. Se la prima "*sottolinea che devono essere congiuntamente investite dal dolo volontarietà degli atti, consapevolezza del loro carattere osceno e pubblicità dell'azione; la seconda tende ad 'azzerare' l'analisi del coefficiente psichico, ripiegando il giudizio di colpevolezza sulla sola (oggettiva) pubblicità o meno del locus commissi delicti*". Per ulteriori approfondimenti, anche sull'ipotesi colposa si veda op. cit., par. 2.1. Breve: l'elemento soggettivo non può mai essere fatto discendere in via automatica dal mero verificarsi dell'evento-visione.

¹⁰⁷ GIP Trib. Bologna, 26 novembre 2010, n. 3780.

Qualche breve cenno. Quanto agli spettacoli di *lap-dance*¹⁰⁸ la Cassazione ha inaugurato la c.d. giurisprudenza del consenso. In altre parole, il reato di atti osceni (anche se il fenomeno, formalmente, si presterebbe a essere meglio inquadrato nella fattispecie di spettacoli osceni) non è integrato quando si svolge nei locali adibiti alla *lap-dance* essendo tale condotta inoffensiva. Il comune sentimento del pudore non può essere intaccato laddove l'esibizione avvenga alla presenza di soggetti che vi si sottopongono volontariamente.

Diverso è il caso di congiunzioni carnali allo scoperto, atti di autoerotismo in pubblico o altri gesti tesi a manifestare la propria libidine o a stimolare quella altrui. Parte della giurisprudenza prova a limitare le potenzialità espansive degli atti osceni richiedendo la concreta visibilità dell'atto e negando che essa sussista qualora il soggetto agente si adoperi fattualmente per evitare che estranei possano assistere. Certo è che in tali casi, la punibilità viene a dipendere dalla premura con cui i due amanti chiudono la porta del pub o meno. "Audace giurisprudenza" si è persino spinta a ricostruire il delitto in parola come reato di danno alla persona: avendo tale interpretazione il pregio di valorizzare il principio di centralità dell'individuo, sconta però il limite di scontrarsi, secondo molti, con il principio di legalità¹⁰⁹.

Attorno alla distinzione tra atti sessuali e atti osceni si è sviluppato un ulteriore filone giurisprudenziale di carattere *liberal*.

Per gli atti sessuali si richiede, infatti, una corporeità del soggetto passivo. Così gli atti di esibizionismo o di masturbazione compiuti in presenza di terzi costretti ad assistervi, ma senza che vi sia alcun contatto tra l'agente e l'offeso, potrebbero al più integrare i delitti di atti osceni o violenza privata, e non quello di violenza sessuale o atti sessuali con minori.

Questo orientamento, si badi bene, non stravolge la tipicità delle fattispecie dando solo una lettura evolutiva dell'interesse protetto ricondotto così alla macro-

¹⁰⁸ La Corte di Cassazione in alcuni casi ha chiarito, ad esempio, che la fattispecie concreta non sarebbe sussumibile sotto l'art. 527 c.p., poiché il fatto sarebbe penalmente irrilevante per carenza in concreto di offensività della condotta, non essendo, questa, date le modalità, idonea ad offendere il bene giuridico tutelato dalla norma. Per approfondimenti si veda CAMPAGNOLI G., *Il concetto di osceno penalmente rilevante alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, cit., par. 1.

¹⁰⁹ Per ulteriori approfondimenti e qualche commento relativo all'isolata sentenza che riconosce assorbita la condotta violenta di cui all'art. 610 nel delitto di atti osceni, MAZZANTI E., *La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenze di riforma*, cit., par. 2.2.

area dell'autodeterminazione sessuale e distinto da quello richiesto dei reati di violenza sessuale che necessiterebbero di un contatto corporeo tra agente e offeso¹¹⁰.

Prima di concludere è interessante rilevare come le tradizionali concezioni di comune sentimento del pudore in chiave deontologica, storico-statistica, dell'uomo normale sono state variamente accolte in dottrina tanto che agli inizi degli anni '80 si è affacciata una concezione c.d. “*differenziata*” di esso.

Si distingue, così, il comune sentimento del pudore a seconda del destinatario del messaggio osceno. In particolare, si procede a una distinzione tra coloro che, se *invito*, si imbattono in rappresentazioni a contenuto osceno e coloro che, invece, vanno alla ricerca del messaggio, dell'oggetto, dell'immagine o della rappresentazione oscena: “*in sostanza, l'atto a contenuto sessuale non offende il comune sentimento del pudore quando è rivolto 'ad una indeterminata categoria di fruitori liberamente determinatisi' ad assistervi*”¹¹¹. Un tale argomentare interpretativo segnala un lato, un passo importante verso una ricostruzione del pudore in chiave più liberale e rispettosa delle scelte dell'utente, dall'altro, si realizza una progressiva concretizzazione del bene giuridico tutelato: “*da un pudore sessuale unico, medio, anche storicizzato, si passa quantomeno a tre diverse dimensioni di tale interesse ognuna delle quali presenta una diversa soglia di disponibilità*”¹¹².

2.1.2. *Gli atti osceni alla riprova della Costituzione: l'interpretazione correttiva della nozione di osceno in chiave di “libertà da” intromissioni nella sfera sessuale.*

La dottrina si è a lungo interrogata – anche sulla scia degli orientamenti giurisprudenziali che hanno tentato di leggere la norma in chiave *liberal* – sulla attuale utilità della fattispecie di atti osceni e ha provato a ricostruirne i connotati principali attraverso una lettura più conforme al principio di dannosità sociale.

L'analisi di tali orientamenti risulterà interessante specie alla luce della depenalizzazione della fattispecie di atti osceni, in modo tale da verificare se esso

¹¹⁰ IBID., par. 2.2.

¹¹¹ CAMPAGNOLI G., *Il concetto di osceno penalmente rilevante alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, cit., par. 6.

¹¹² IBID., par. 6.

possa avere ancora futuro nel nostro ordinamento, specie se costruito, *de iure condendo*, attorno al concetto di autonomia personale.

Si sono dunque fatte strada due domande di fondo.

La prima verte sulla possibilità di riorientare il delitto di atti osceni *da illecito contro la morale pubblica a illecito contro la persona*.

La seconda aggiunge alla prima l'interrogativo se sia possibile *riorientare* il delitto sino a richiedere, per il perfezionamento, *l'offesa a una persona singola determinata, non consenziente, posto che siamo in presenza di un bene giuridico con connotati pubblicistici*.

(A) Così, in primo luogo, alcuni Autori hanno posto l'attenzione sull'antigiuridicità oggettiva e, ribadito come la fattispecie in questione vada a punire anche beni di carattere individuale, hanno affermato l'operatività dell'art. 50 c.p.¹¹³ o dell'art. 51 c.p.¹¹⁴

(B) Senza andare a scomodare le cause di giustificazione, meno dubbi ha sollevato una ricostruzione che porti a *“una maggiore individualizzazione dell'oggettività giuridica, da intendere come la libertà da ingerenze di natura sessuale non volute da una moltitudine di soggetti non predeterminabili”*¹¹⁵. Si tratta

¹¹³ Si tratta della scriminante del consenso dell'avente diritto che risulterebbe applicabile nell'ipotesi in cui il soggetto si sia volontariamente sottoposto alla visione dell'atto osceno. Per una disamina e vasta bibliografia sul punto si veda MAZZANTI E., *La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenze di riforma*, cit., par. 3. L'Autore peraltro rileva che: *“la tesi resta comunque criticabile. Se, per un verso, il reato in esame, verbis sic stantibus, non sembra prevedere la mancanza di consenso della persona offesa quale elemento costitutivo; per un altro, pare anacronistico pensare che la deliberata scelta di assistere al compimento d'un atto di libidine possa portare a integrare un fatto sì non antigiuridico ma comunque tipico. Come puntualizzato con generale riferimento alla libertà sessuale, categoria nella quale pensiamo di poter ricondurre anche la volontà di assistere a manifestazioni libidinose, ‘nel fatto sessuale non si ha reciproca disposizione del proprio corpo [...] ma solo un'espressione concreta del diritto di libertà. Conseguentemente, il richiamo a quel negozio dispositivo che è il consenso dell'avente diritto non riteniamo sia calzante”*.

¹¹⁴ Il consenso dell'avente diritto non è stato, infatti, unanimemente accolto quale strumento in grado di scriminare, essendo più efficace la causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. *“in quanto è l'intera collettività, e non il singolo cittadino, il titolare del bene giuridico protetto”*. Neppure un consenso dello Stato *“potrebbe scriminare, in quanto si tratta di un bene indisponibile”*¹¹⁴. In altre parole, tale trasformazione apparirebbe, *de iure condito*, non praticabile. Diversa potrebbe essere, probabilmente, la conclusione se partissimo dal presupposto di una lettura in chiave individualistica del bene giuridico protetto. Si veda CAMPAGNOLI G., *Il concetto di osceno penalmente rilevante alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, cit., par. 7.

¹¹⁵ *IBID.*, par. 7. Interessante è notare che recente giurisprudenza, avallata già dalle Sezioni Unite del 1991, 1 ottobre, Vercelli, ha affermato che, *“data la variabilità del comune sentire della collettività, oggi, ‘ciò che si compie ed è destinato ad esaurirsi nella sfera privata, senza essere diretto alla comunicazione verso un numero indeterminato di persone, non è giuridicamente qualificabile come osceno’: in altri termini difetta la tipicità”*. Sul punto si è pronunciata la stessa Corte Costituzionale 27 luglio 1992, n. 368. Per approfondimenti si veda op. cit., par. 7.

di un'operazione che comporta una progressiva trasmigrazione del pudore sessuale verso il bene giuridico della libertà personale, sotto il profilo a non essere molestati, nella propria intimità sessuale, *da interferenze indesiderate*¹¹⁶.

Ad ogni buon conto, il rischio di una rilettura innovativa della fattispecie a codice invariato, è quello di introdurre una vera e propria mutazione dei beni giuridici tutelati.

Ciononostante, una lettura in chiave di reato di danno a tutela della libertà individuale, seppur problematica potrebbe essere opportuna per una serie di considerazioni¹¹⁷.

(C) Come è noto, poi, il concetto di offesa pudore è stato limitato, secondo alcuni Autori, dall'utilizzo della consuetudine in campo penale.

Si è così affermato che il legislatore quando ha definito il concetto di osceno attraverso quello di offesa al comune sentimento del pudore ha inteso fare rinvio alla consuetudine e cioè alle opinioni, ai convincimenti, ai sentimenti acquisiti dalla coscienza sociale¹¹⁸. La consuetudine, vero e proprio organo respiratore del sistema, se non può derogare alla legge penale, può mantenere “*adeguata la formula legislativa alla vita e alla realtà sociale*”¹¹⁹.

Alcune sentenze, poi, hanno accolto il criterio dell'uomo normale e, partendo da un'oggettività giuridica più astratta, si è fatto ricorso alla dogmatica del reato impossibile per giungere a una qualificazione giuridica di irrilevanza penale nel caso di rappresentazioni di spettacoli osceni destinati ad un pubblico adulto e consenziente. Si è così mutata non tanto la tipicità formale, ma quella sostanziale del reato, si veda il par. 7.

¹¹⁶ Secondo parte della dottrina, tale considerazione se può risultare condivisibile, potrebbe essere in grado di porsi, allo stato degli atti, in contrasto con il principio di legalità.

¹¹⁷ MAZZANTI E., *La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenze di riforma*, cit., par. 3.

In particolare, tale trasformazione sarebbe ammissibile qualora il pudore fosse, in primo luogo, altrui; in secondo luogo, quando il reato si realizzi con un unico atto e il suo compimento e la sua percezione, di fatto, finiscano col coincidere; in terzo luogo, i concetti di oscenità e pubblicità vanno a integrarsi a vicenda in quanto un atto assume carattere osceno quando si realizzano le condizioni di esposizione e/o di diffusione dello stesso; ancora, la distinzione tra atti comunque osceni e atti che divengono tali se accompagnati dalla pubblicità finisce per sovrapporre l'atto osceno a quello sessuale, categoria questa che mantiene una valida distinzione tra assolutezza e relatività; infine la visibilità in concreto evidenziata dalla giurisprudenza, deve tradursi nell'effettiva percezione dell'atto.

¹¹⁸ CAMPAGNOLI G., *Il concetto di osceno penalmente rilevante alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, cit., par. 8.

¹¹⁹ Per interessanti approfondimenti sul punto si veda IBID., par. 8. Basti rilevare che l'art. 529 c.p. si configurerebbe quale norma penale in bianco.

In proposito è interessante rilevare come il disorientamento relativo alla definizione del concetto di comune sentimento del pudore sia idoneo a riflettersi su quello di osceno e sulla sua essenza e modalità di estrinsecazione, rimanendone incerta la sua connotazione essenziale.

Secondo parte della dottrina, l'impiego della consuetudine non poteva però dirsi sufficiente, essendo più opportuno un vero e proprio intervento riformatore della fattispecie. Così: “*ciò che si auspica, è*

(D) Un tentativo di leggere la fattispecie di atti osceni alla luce di una ridefinizione dell'oggetto tutelato è quello di inizio degli anni '80, promosso da autorevole dottrina. Si è infatti proposto di ricostruire la difesa del pudore in termini di *“diritto ad essere protetti dalle molestie provocate dal dover assistere, contro la propria volontà ad atti o rappresentazioni di contenuto sessuale”*¹²⁰.

Secondo tale interpretazione, il pudore va ricondotto alla *libertà individuale* e, in particolare, alla *“libertà da”* intromissioni sgradite nella propria sfera privata della sessualità, nel rispetto dei valori accolti dalla nostra Costituzione e con lo stesso significato di buon costume accolto da essa, senza che tale lettura presupponga inclinazioni assolutorie¹²¹.

L'interpretazione data da questo autorevole studioso – la quale, possiamo affermare, ha segnato la più recente ermeneutica sugli atti osceni – ha l'indiscusso pregio di ricostruire la fattispecie in chiave di una più netta separazione tra diritto e morale da un lato (a), e in chiave di tutela di beni a carattere più strettamente individuale, dall'altro (b).

(a) Sotto il primo profilo, l'interprete si trova di fronte a non pochi problemi interpretativi. In particolare, essendo, per stessa ammissione della Relazione al progetto del codice Rocco, il concetto di osceno connotato da un criterio di *relatività*, esso deve essere messo in relazione con la morale corrente in un determinato momento storico e con specifico riferimento a un determinato popolo. Data la

un intervento riformatore che individualizzi fortemente la tutela del pudore sessuale, in nome dei basilari principi della laicità dello Stato e della legalità dei reati, attraverso la repressione delle sole condotte di tipo esibizionistico lesive della sfera di riservatezza sessuale altrui, magari selezionando i comportamenti penalmente rilevanti mediante la predisposizione di un'apposita querela-filtro, 'dovendosi considerare il soggetto passivo come l'unico giudice veramente in grado di valutare l'entità del danno subito'”.

¹²⁰ MAZZANTI E., *La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenze di riforma*, cit., par. 3. Il riferimento è a FIANDACA G., *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, CEDAM, Padova, 1984.

In particolare, nella scelta tra un concetto di pudore che concernesse la *“verecondia dei consociati, i quali hanno diritto di non essere aggrediti dalle perturbazioni racchiuse in scene od esibizione di natura sessuale”* e quello di *“pericolo che pulsioni sessuali accentuate alterino gravemente l'equilibrio della persona, pur consenziente”*, l'Autore propende per il primo.

¹²¹ La repressione dell'osceno in chiave pubblicistica avrebbe appoggiato un atteggiamento interventista dello Stato, difficilmente compatibile con una società pluralista – dove il concetto di pudore non può avere un significato univoco – democratica e liberale, che respinge ogni forma di incriminazione della mera immoralità.

La dottrina successiva ha peraltro mosso qualche critica rispetto alla lettura del pudore in chiave di autonomia individuale, si veda per approfondimenti, MAZZANTI E., *La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenze di riforma*, cit., par. 3.

definizione normativa dell'art. 529 c.p. l'osceno, e di conseguenza il concetto di pudore, assume le fattezze di un dato che muta in rapporto all'evoluzione del costume¹²².

In questo ambito, pertanto, il giurista tende naturalmente a sovrapporre all'attività interpretativa, modelli culturali precostituiti. Per queste ragioni, qualsiasi approccio ermeneutico che voglia sondare la materia dell'osceno, deve tendere al massimo rigore metodologico.

L'accoglimento di una concezione deontologica di buon costume tale da far assumere al bene giuridico, di stampo etico, intenti tutt'altro che neutrali, comporterebbe, ad esempio, la traduzione in interesse tutelato di un valore fluttuante e poco suscettibile di essere determinato in modo vincolante per la generalità dei consociati.

Il diritto penale in tale materia non ha, infatti, la funzione di impedire cedimenti nel costume o imporre ai consociati determinati *standard* di moralità sessuale. I modelli morali non possono essere imposti coercitivamente anche qualora si volesse perseguire il fine di tutelare penalmente dei valori che emergono direttamente dalla Costituzione.

Infatti, i soli modelli etici di condotta che possono essere accolti sono quelli basati su un effettivo consenso e sull'osservanza dei gruppi sociali¹²³. In particolare, il fatto stesso di poter individuare parametri di valutazione del pudore pubblico ben riconoscibili *a priori* richiederebbe l'esistenza di valori omogenei all'interno della società. Ma dato che la morale sessuale risulta essere uno degli indici del cambiamento sociale, l'esistenza di valori omogenei e costanti risulta non poco complessa nella nostra eterogenea società contemporanea.

Permanendo un certo indice di indeterminatezza, secondo molti Autori resta un margine di contrasto con il principio di legalità e di tassatività, nonostante la

¹²² Ecco la concezione c.d. storico-statistica di cui abbiamo già parlato in precedenza. Si veda sul punto FIANDACA G., *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, cit., p. 2.

Infatti, "la protezione di un valore eminentemente storico come quello di buon costume non può, se non vuole contraddire se stessa, essere garantita a prescindere dal riferimento alle valutazioni sociali presenti in un determinato momento storico". Si veda *IBID.*, p. 30. Di conseguenza, qualora gli atteggiamenti collettivi inclinino verso una progressiva "liberalizzazione" delle manifestazioni della sessualità, il giudice dovrà restringere sempre più l'area di applicazione della norma.

¹²³ *IBID.*, p. 79. L'Autore specifica che l'accoglimento della concezione storico-relativistica di buon costume non aiuta ancora a dare concretezza al concetto e ciò per criticità che si sono prima evidenziate.

Corte Costituzionale abbia affermato, come è noto, che i concetti di morale, buon costume e comune sentimento risultavano essere “*concetti diffusi e generalmente compresi*”. Infatti, anche se il costume varia “*non vi è momento in cui il cittadino, e tanto più il giudice, non siano in grado di valutare quali comportamenti debbano considerarsi osceni*”¹²⁴.

(b) La dottrina ha così avanzato la possibilità che una rilettura del bene giuridico degli atti osceni potesse essere effettuata alla luce della Costituzione¹²⁵, e in particolare da una interpretazione in chiave di dannosità sociale.

Facendo riferimento alla Costituzione, risulta di primaria importanza il richiamo, all'interno dell'art. 21 Cost., al buon costume¹²⁶. Si tratta così di verificare la coincidenza o meno del concetto di buon costume penalistico con quello di carattere costituzionale¹²⁷.

¹²⁴ IBID., p. 89. Si veda la sent. della Corte Cost. 16 dicembre 1970, n. 191. Il fatto poi che la stessa Costituzione imponga la protezione del buon costume non consente una deroga al principio di legalità poiché potrebbe essere ammesso un rinvio a clausole generali solo qualora vi fossero altrettante norme costituzionali che autorizzassero una normazione di questo tipo. Si è affermato però che non risulta difficile comprendere che una tale tecnica di normazione rispetterebbe la forma, ma non la sostanza del principio di legalità. Pertanto, se il procedimento di normazione sintetica, come quello impiegato dalla norma sugli atti osceni, viene utilizzato proprio per disciplinare materie che richiedono una costante aderenza della norma all'evoluzione sociale, “*questa esigenza non potrà mai, però, giustificare l'impiego di testi normativi talmente incompiuti, da affidare al giudice la determinazione del criterio di giudizio*”. Il rischio sarebbe altrimenti una tutela conservativa di valori già esistenti nel contesto sociale. Tale fine potrebbe essere raggiunto solo laddove i modelli sociali di comportamento fossero suscettibili di essere riassunti negli elementi normativi senza eccessive incertezze e fossero ricostruiti come regole di condotta penalmente sanzionate capaci di orientare in modo preventivo la condotta del cittadino. Altrimenti, non soltanto verrebbe meno la tassatività della fattispecie, ma risulterebbe compromesso anche il funzionamento della tutela penale, a causa dell'*inafferabilità* del bene da proteggere. Per approfondimenti si veda op. cit., p. 91. Inoltre, il valore potrebbe addirittura stabilizzarsi dopo la costruzione della norma incriminatrice in seno al maturare di un atteggiamento omogeneo nel contesto sociale. Una tale situazione non sarebbe, comunque, meno incompatibile con il principio di legalità.

¹²⁵ IBID., p. 3.

¹²⁶ La giurisprudenza, specie negli anni in cui tale dottrina scriveva, faceva riferimento ad esso come ad uno dei valori espressamente protetti dalla Costituzione. La monografia sul tema dell'osceno e del buon costume è del 1984. Si veda FIANDACA G., *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, cit., p. 68.

¹²⁷ Quale limite costituzionale esplicito alla libertà di manifestazione del pensiero, il buon costume viene interpretato di volta in volta come da riferirsi a una nozione civilistica o ad una penalistica. Ad ogni buon conto, esiste un terzo filone che lo considera come avente carattere autonomo, delineabile attraverso un'interpretazione interna allo stesso limite costituzionale. Le tesi non possono qui essere analizzate nel dettaglio. Basti però rilevare quanto segue.

La nozione civilistica di buon costume fa riferimento alla morale corrente, quale si manifesta nella pratica sociale osservata in un certo momento storico. La nozione si presenta evidentemente, come vaga. A ben vedere si trascurano le ragioni che porterebbero a una lettura estensiva del buon costume richiamato dall'art. 21 Cost. La libertà di manifestazione del pensiero si ridurrebbe così in un margine decisamente angusto in virtù del quale tale libertà “*non potrebbe mai essere esercitata in funzione*

L'accoglimento di un'interpretazione degli atti osceni che faccia riferimento alla Carta Costituzionale non comporta l'accoglimento della teoria dei beni giuridici costituzionalmente orientati nella sua visione integrale, ma significa piuttosto evitare di decretare il fallimento di ogni approccio costituzionale, dato che non è possibile *“fare a meno di guardare all'insieme dei principi costituzionali che delineano i tratti tipici del nostro ordinamento”*¹²⁸.

La tutela penale deve dunque, in questa ottica, limitarsi a beni di rango costituzionale. Il catalogo di tali beni non rappresenta un sistema astratto e chiuso di valori predeterminabili e gerarchizzabili, ma un programma aperto di tutela che viene influenzato dal contesto sociale di riferimento¹²⁹.

Le difficoltà dei beni giuridici afferenti alla tutela buon costume riguardano il fatto che la loro violazione provoca un danno o un pericolo per lo più *ideale*. In un moderno Stato di diritto, se non è ammissibile l'imposizione dall'alto di una morale dominante, *“l'imposizione penale di una morale condivisa sarebbe, invece legittima proprio perché rispettosa del principio di democrazia”*¹³⁰. Con ciò non si vuole certo affermare l'attualità dei principi del moralismo giuridico, ma si vuole piuttosto rilevare che il concetto di dannosità sociale può assurgere a parametro di selezione di

critica delle concezioni morali dominanti”, ciò in contrasto con l'esigenza di garantire la libertà di manifestazione del pensiero alle minoranze non conformiste.

La tesi che interpreta il buon costume come interno al sistema costituzionale presenta varie articolazioni che sono però riconducibili al concetto di buon costume di stampo civilistico. In particolare, si ricostruisce il buon costume come afferente alla pubblica moralità, al comune sentimento morale o all'ordine familiare e così via enumerando. Si veda IBID., pp. 68 ss.

La nozione che si ritiene essere più rispettosa del principio di libertà di manifestazione del pensiero è quella coincidente con la nozione penalistica, relativa alla sfera sessuale. La nozione, decisamente meno vaga delle altre, ha anche il pregio di avere argomenti a sostegno di non poco momento. Si tratta in primo luogo dei lavori dell'Assemblea Costituente *“da cui si ricava che il concetto di buon costume fu volutamente introdotto in senso restrittivo in luogo di quello più lato di ‘moralità pubblica’”*; in secondo luogo, l'argomento decisivo sta in ciò: *“tutte le volte che si tratta di identificare un limite all'esercizio di un diritto di libertà, si impone la necessità logica di fare uso di un canone ermeneutico restrittivo”*. IBID., pp. 73-74. Sembra così che la stessa Corte Costituzionale, sent. n. 9 del 1995 avesse accolto implicitamente una nozione penalistica di buon costume.

¹²⁸ IBID., p. 96.

¹²⁹ Del pari, non sussiste l'obbligo per il legislatore di creare fattispecie penali seppure in presenza di beni di rilevanza costituzionale. La scelta di penalizzazione deriva, quindi, da un'opzione politico-legislativa fondata sul bilanciamento degli interessi in gioco. Si veda op. cit., p. 96.

¹³⁰ IBID., pp. 99-100. L'Autore specifica poi che non si intende negare che *“risulta ‘più’ conforme ad un orientamento democratico una tutela del buon costume operante al livello dell'effettivo modo di sentire sociale. Solo che altro è limitarsi ad un simile riconoscimento, altro è ammettere che la protezione penale del buon costume – assunta, per il momento, come tutela di un semplice valore ‘morale’ – sia veramente e sino in fondo compatibile coi principi del nostro ordinamento”*.

beni giuridici “*legittimamente assumibili ad oggetto di tutela penale*”¹³¹, verificando se l'offesa al buon costume sia idonea a comportare una lesione diversa da un semplice valore morale tale da giustificare il ricorso alla pena.

Ebbene, i principi democratici di libertà morale, tolleranza ideologica e tutela delle minoranze consentono la repressione penale di condotte lesive della moralità pubblica che risultino, appunto socialmente dannose.

La dottrina si è pertanto sforzata di individuare quali potrebbero essere i *danni sociali* conseguenti alla violazione del buon costume, verifica di dannosità che è necessario si basi su approfondimenti socio-criminologici che non lascino spazio a preconcetti, ideologie o atteggiamenti irrazionali volti a individuare il danno nella mera offesa ai sentimenti.

Emerge così un orientamento teso a identificare nel bene offeso quello della verecondia o della riservatezza di quei consociati restii ad accettare scene di natura sessuale.

In altre parole, la protezione del pudore assume la caratteristica di una “*libertà da*” intromissioni sgradite o poco accette. Di conseguenza, lo sforzo ermeneutico si concentra nell'ottica della protezione del bene della libertà personale e, in particolare, come “*diritto ad essere protetti dalle molestie provocate dal dovere assistere, contro la propria volontà, ad atti o rappresentazioni di contenuto sessuale*”¹³². Così, la stessa natura pubblica dell'interesse oggetto di protezione, non richiamerà più la morale sessuale super-individuale ma, piuttosto, un concetto teso a dimostrare, come nei reati contro l'incolumità pubblica, che la qualifica “pubblico” o “collettivo” sottintende soltanto la circostanza che la carica offensiva della molestia può investire una molteplicità di individui, non determinabili *a priori*¹³³.

La tutela del pudore può “*essere reinterpretata nella prospettiva (della tutela) della libertà personale – e, segnatamente, della libertà sessuale*”, in modo tale che l'interesse del singolo alla riservatezza sessuale abbia una sua rilevanza nell'ambito dell'inviolabilità personale. Così ricostruito, il pudore sessuale rappresenta un completamento del sistema di tutela della libertà della persona e diventa, in

¹³¹ IBID., p. 102.

¹³² IBID., p. 106.

¹³³ IBID., p. 107.

definitiva, un aspetto della stessa libertà individuale¹³⁴, risultando conforme all'interpretazione del buon costume offerta sul piano costituzionale.

Dal punto di vista poi della tenuta del dato positivo, prima della depenalizzazione degli atti osceni, non emergevano incompatibilità. L'interpretazione delle norme alla luce della Costituzione risulta assolutamente legittima purché non si travalichi il limite del rispetto della tipicità formale della fattispecie. Ciò risulta tanto più confermato dal fatto che gli artt. 527 e 529 c.p. hanno la clausola generale del comune sentimento del pudore atta a concretizzarsi proprio nell'interpretazione del giudice.

Di conseguenza, la locuzione “*atti che offendono il pudore*” potrà essere trasformata nell'altra “*atti che violano il diritto di ciascun consociato a non subire involontariamente la visione di atti sessuali*”¹³⁵.

Questa interpretazione non contrasta neppure col requisito della pubblicità del luogo, dato che tale richiamo evidenzia come la condotta incriminata debba verificarsi “*secondo modalità inattese*”. Dunque, il luogo non è pubblico quando “*siano state preventivamente adottate tutte le precauzioni perché eventuali terzi non vengano involontariamente coinvolti*”¹³⁶.

Giova a questo punto rilevare che più complesso è il discorso relativamente al reato di pubblicazioni oscene. In tal caso, infatti, il contenuto dell'illecito dovrebbe consistere nell'omessa adozione delle misure necessarie a garantire che la fruizione di rappresentazioni erotiche da parte di terzi corrisponda a una scelta consapevole e volontaria. Sennonché alcune delle modalità della condotta descritte dall'art. 528 c.p. sono inquadrabili all'interno di attività meramente preparatorie (“*introdurre*” o “*produrre*”), nonostante che la norma richieda il dolo specifico. Tali condotte si giustificano certamente meno con riferimento alla tutela della “*libertà da*” molestie. Tali condotte meglio si spiegano nell'ottica dello “*Stato tutore*” che si preoccupa di

¹³⁴ A sostegno di questa tesi l'Autore, op. cit., p. 107, evidenzia come, da tempo, la giurisprudenza ammetta la costituzione di parte civile nei procedimenti per i reati contro il pudore di modo che l'interesse della singola persona assume un'indubbia rilevanza.

¹³⁵ IBID., p. 109.

¹³⁶ IBID., p. 110. Bisogna, peraltro, segnalare che l'Autore propone un'analoga reinterpretazione della fattispecie di atti contrari alla pubblica decenza di cui all'art. 726 c.p. Assumeranno dunque un ruolo decisivo le circostanze di tempo e di luogo nelle quali la condotta si è svolta.

contrastare la fonte del pericolo che “*minaccia di corrompere la sanità morale o psicologica degli stessi cittadini adulti*”¹³⁷.

2.1.2.1. *La ricostruzione degli atti osceni come “libertà da”: una sopravvalutazione del diritto dell’individuo a non essere investito da atti o immagini a contenuto erotico?*

Una riflessione a questo punto si rende necessaria. Come si è acutamente notato, in questa materia, incentrata su tabù, specie sessuali, diventa legittima la domanda perché si debba continuare a sopravvalutare il diritto dell’individuo a non essere investito, senza consenso previo, della visione di atti o immagini a contenuto erotico.

Così, “*a ben guardare nel mantenere il controllo penale a tutela del solo diritto al riserbo sessuale (continuando, per contro, ad esentare da controllo la rappresentazione non richiesta di scene di violenza e simili o il bombardamento di una pubblicità invadente e diseducativa) si annida un rischio: quello di trasformare il legislatore in supino osservante di istanze tabuistiche che appartengono, ormai alla preistoria del nostro retroterra culturale. Da questo punto di vista, altro è escludere che il diritto penale possa legittimamente aspirare ad assurgere a principale agente della trasformazione sociale; altro è, invece, ammettere che la razionalità delle scelte di una politica criminale moderna e consapevole, si commisura anche alla capacità di distinguere ‘tra bisogni reali di tutela e bisogni opinati’*”¹³⁸. Certo è che tali fattispecie non mirano solo a preservare il cittadino da interferenze nella propria sfera sessuale, ma anche da un atteggiamento interventista dello Stato in modo tale che non si “*creino squilibri, tensioni ed impulsi eccessivi*

¹³⁷ IBID., p. 111. Ecco che a parere dell’Autore, le pubblicazioni oscene sono affette da una sorta di eccesso di tutela. La sproporzione tra “*alcuni dei comportamenti incriminati e la corrispondente attitudine offensiva risulta ancora più evidente, ove si consideri che nessuna delle figure codicistiche di reato, esplicitamente collocate tra ‘i delitti contro la libertà individuale’, incrimina condotte preparatorie altrettanto lontane da una concreta aggressione del bene protetto*”. Né, si afferma, si potrebbe dire che tra le tante sfere di libertà giuridicamente protette quella in parola sia la più importante, dovendosi anche ridimensionare, opportunamente, il ruolo dell’offesa alla libertà della persona svolta attraverso atti o rappresentazioni a contenuto osceno. Sulle pubblicazioni oscene si veda *funditus* pp. 120 ss. e in particolare pp. 143 ss.

¹³⁸ IBID., p. 116.

nella psiche dei soggetti, dai quali possano discendere l'eventuale commissione di reati"¹³⁹.

Questa dottrina evidenzia poi che, dato che le modalità di realizzazione del fatto di atti osceni si risolvono per lo più in sconvenienze sessuali in luoghi di divertimento con scarso contatto rispetto a un pubblico veramente tale e ad atti di esibizionismo, sarebbe opportuno procedere con la strada della depenalizzazione, data la scarsa dannosità sociale dell'atto.

Certo è che una scelta *tout court* depenalizzatrice si scontra con esigenze collettive che possono essere ancora radicate nell'inconscio collettivo, e dovrebbe fare i conti, specie per quanto concerne le condotte esibizionistiche, con *"la verifica dell'idoneità di eventuali strumenti di controllo 'extrapenali' a consentire adeguate forme di trattamento curativo dell'agente"*¹⁴⁰.

In quest'ottica, la depenalizzazione appariva, secondo l'Autore ancora più auspicabile per condotte diverse dall'esibizionismo – si pensi a sconvenienze dovute a insufficiente autocontrollo – così come la stessa scelta avrebbe dovuto investire la contravvenzione di atti contrari alla pubblica decenza, risultando proporzionata una sanzione di natura amministrativa.

Certo è che una ridefinizione del concetto di osceno da parte del legislatore sarebbe stata quanto mai opportuna.

Oltretutto, anche sotto il profilo dell'opportunità general-preventiva della norma, è necessario chiarire un punto. Tale funzione viene raggiunta non solo in presenza di precetti chiari e nitidi, ma anche attraverso l'armonia e il dosaggio dei contenuti dei precetti con le sanzioni minacciati rispetto alla *"scala dei giudizi di valore dominanti tra i consociati"*¹⁴¹.

Di conseguenza, si afferma, le norme a tutela del pudore non sono in grado oggi di orientare il comportamento dei consociati e in questa situazione di vuoto normativo si assiste a una sostanziale disapplicazione della norma, specie di

¹³⁹ IBID., p. 117.

¹⁴⁰ IBID., p. 200.

¹⁴¹ IBID., p. 204. L'Autore cita anche un lavoro di Marinucci G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in Jus, 1974, 463.

pubblicazione e spettacoli osceni, attenuando così il rispetto della legge e svilendo la sua efficacia¹⁴².

2.1.2.2. *L'importanza del dibattito anglo-americano sulla rilevanza o meno della morale in campo penale nell'ambito della ridefinizione del concetto di osceno.*

Come vedremo, riprendendo tali considerazioni, l'analisi dell'*'harm e offence principle* può risultare di non poco interesse ai fini della ricostruzione della norma penale italiana, specie nell'ottica di una lettura sinergica assieme al principio di offensività¹⁴³.

¹⁴² FIANDACA G., *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, cit., p. 204.

¹⁴³ E' opportuno qualche breve cenno con riferimento alla ricostruzione tradizionale dei concetti di moralità e buon costume nel diritto anglo-americano, per quanto non già chiarito dalla dinamica relativa alla polemica tra Hart e Devlin e al dibattito in tema di moralismo giuridico.

Il linguaggio utilizzato in tale materia dal diritto anglo-americano è il più vario [Si veda sul punto CADOPPI A., *Moralità e buon costume (delitti contro la) (diritto anglo-americano)*, in Dig. discipl. pen., Torino, VIII, 1994, 187, pp. 187 ss.]. Volendo dunque utilizzare la definizione che ne è stata data dalla dottrina italiana, abbiamo notato come i reati che concernono tale tematica possono essere ricondotti all'ambito del buon costume più che in quello della moralità pubblica, anche perché, tale ultimo concetto è troppo ampio e idoneo a comprendere anche molti dei delitti, ad esempio, contro la Pubblica Amministrazione. Pertanto, il buon costume che qui interessa è, ancora una volta, quello relativo al "*complesso delle abitudini di vita conformi alla civile convivenza nel campo della sessualità*", ma non solo. In tale definizione possono essere ricompresi anche certi reati contro la famiglia, la bigamia, l'incesto, l'adulterio e così via.

Anche nel diritto anglo-americano, infatti, esistono una serie di commistioni tra reati sessuali, contro la moralità pubblica, la famiglia, la decenza pubblica, contro i *bonos mores*. Talvolta sono accostati anche dei reati contro la religione come la bestemmia e così via enumerando. Talora sono poi ricompresi reati considerati *victimless crimes* quali l'assunzione di sostanze stupefacenti o il gioco d'azzardo.

Come è noto, il diritto anglo-americano è stato da sempre caratterizzato da una forte eticità. Tale circostanza è stata possibile anche in ragione delle caratteristiche dei sistemi di *common law*: *un diritto penale non scritto si presta a essere notevolmente influenzato da norme morali confondendo il diritto con l'etica*. Anche nel nostro ordinamento esistono fattispecie arcaiche e non secolarizzate, ma esse risultano, tutto sommato, essere delle eccezioni rispetto al sistema. Si pensi, come abbiamo avuto modo di notare, che nemmeno in molti dei codici preunitari l'omosessualità era punita. Sul punto per una disamina dei principali reati in materia nel diritto inglese si vedano le pp. 189 ss.

Interessante è richiamare da un lato, la vicenda del *marital rape immunity* che concerneva l'irrelevanza penale dello stupro commesso nell'ambito del matrimonio e, dall'altro, il fatto che il reato di incesto, nonostante il fatto che fino ai primi del Novecento fosse punibile solo a livello ecclesiastico, oggi non necessiti di requisiti come quello nostrano del pubblico scandalo. Si pensi ancora all'*indecent exposure* assimilabile al nostro delitto di atti osceni, così come al vago contenuto del reato di pubblicazioni oscene. Infine, ricordiamo le fattispecie di *conspiracy to corrupt public morals* e *conspiracy to outrage public decency*. Per quanto riguarda le fattispecie statunitensi si vedano pp. 190 ss. A tal proposito è interessante notare che se la legislazione americana è stata in materia reativa, la giurisprudenza si è mostrata sul tema piuttosto oscillante. In particolare, utile risulta l'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di *privacy*. Si pensi al caso *Eisenstadt v. Baird* [405 US 438 (1972)] sull'uso dei contraccettivi anche fuori dal matrimonio o al caso *Stanley v. Georgia* [394 US 557 (1969)] che riconobbe, applicando il I° emendamento sulla tutela della libertà di pensiero, il diritto del cittadino di detenere pubblicazioni oscene nella sua privata dimora. Allo stesso tempo, si

Infatti, la teorica dell'*harm e offence principle* e la peculiare attenzione rivolta al concetto di autonomia personale nel diritto anglo-americano possono consentire una ricostruzione *de iure condendo* della fattispecie degli atti osceni, nonostante la recente opera di depenalizzazione.

In verità, come si dirà meglio nel corso dei prossimi paragrafi, la scelta di depenalizzare può risultare semplicistica nel caso in cui la fattispecie venisse ricostruita nell'ottica del danno ad altri e della tutela della "*libertà da*" intromissioni nella propria sfera della riservatezza in campo sessuale. Il principio del danno e, in particolare, quello della molestia, possono essere di ausilio rispetto a una maggiore concretizzazione dei concetti di dannosità sociale nel campo della nozione di osceno. Si tratta di un principio avente un connotato fortemente *interpersonale* che potrebbe fungere da maggiore concretizzazione del soggetto persona offesa dal reato come libero e sessualmente autonomo e, perciò, legittimato a non accettare la visione di atti erotici indesiderati.

consideri il caso *Bowers v. Hardwick* del 1986 nel quale la Corte ritenne insussistente un diritto per persone omosessuali di avere relazioni, neppure se consensuali e svoltesi in privato. Si pensi, che la legge della Georgia che interessava tale ultimo caso puniva la sodomia anche tra eterosessuali. La dottrina americana ha sviluppato invece, nell'ottica milliana, una teoria della c.d. tolleranza morale. Si pensi per tutti a PACKER H.L., *I limiti della sanzione penale* (trad. it.), Giuffrè, Milano, 1978.

Quanto a una potenziale confusione tra eticità e diritto penale le vicende di *common law* sono dunque molto diverse rispetto a quanto accaduto nel nostro Paese. Si ricorderà il dibattito tra Hart e Devlin e, in particolare, le conclusioni del primo tese ad evidenziare come, nonostante che la conoscenza della semplice immoralità, anche meramente privata, potesse essere idonea a urtare i sentimenti di certi consociati, una tale offesa non potrebbe essere paragonata alla libertà dell'individuo limitata, in tali casi, dal diritto penale. Inoltre, quanto alla tesi della disintegrazione sociale, Hart ricorda che la società non coincide con la sua morale e che se la morale di una società cambia, ciò non è necessariamente un male.

Ciò precisato, risulta a maggior ragione interessante la scelta, in chiave meno eticizzante, del legislatore inglese con il *Sexual Offences Act 2003 (SOA)* che ha il merito di incentrare il fulcro della tutela penale in materia sessuale nel mancato consenso della vittima. Assieme al delitto di violenza sessuale si ricostruiscono tre diverse fattispecie di esposizione di genitali (§ 66), voyeurismo (§ 67) e attività sessuale in bagno pubblico (§ 71). L'idea apprezzabile è, infatti, quella di ricostruire una scala di illeciti che va dallo stupro a degli illeciti minori, quali quelli ora richiamati. [MAZZANTI E., *La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenze di riforma*, cit., par. 4.2. L'Autore evidenzia come il legislatore inglese non si disinteressi completamente della sfera pubblica e collettiva, andando a incriminare il rapporto con animale e la penetrazione di cadavere. L'attività sessuale in bagno pubblico viene, peraltro, ricostruita quale illecito contro l'ordine pubblico e le *Sentencing Guidelines* pongono una serie di indicazioni sull'irrogazione della pena in concreto che, nell'ultimo dei reati citati, appare modesta]. Le *Sentencing Guidelines*, infine, mostrano come vi sia una vocazione personalistica di tale meccanismo di tutela, per esempio si subordina il reato di esposizione al "*serio pericolo o fastidio subito dalle vittime*" e le misure custodiali sono consigliate solo se tali comportamenti rappresentano "*un significativo rischio di seria offesa*". Si vuole, in altre parole, tentare di evitare eccessive intromissioni nella sfera privata del soggetto. In proposito si consideri l'opposta vicenda relativa agli atti osceni colposi, inizialmente puniti come delitto dal legislatore italiano.

Il diritto penale, infatti, se non può e non deve spingersi fino all'incriminazione di condotte che non siano riprovate (anche moralmente) dalla coscienza sociale, non deve però comprendere ogni tipo di condotta riprovata (moralmente) dalla collettività¹⁴⁴. Fra queste solo quelle che recano un danno ad altri, nei termini in cui si dirà, sono legittimamente sottoponibili a pena.

2.1.3. Ratio e limiti della recente opera di depenalizzazione.

Come è noto, con i dd. lgss. nn. 7 e 8 del 2016, il legislatore ha depenalizzato una serie di fattispecie incriminatrici e, tra queste, per quello che a noi interessa, ritroviamo quella di atti osceni.

Prima di analizzare più da vicino la *ratio* e i limiti della depenalizzazione di tale norma, è opportuno procedere con qualche breve cenno sul fenomeno generale della depenalizzazione.

2.1.3.1. La riduzione dell'area di tutela penale: la depenalizzazione come strumento di deflazione penalistica.

La depenalizzazione può essere definita come quel “*fenomeno di politica legislativa consistente nella progressiva riduzione dell'area di tutela tradizionalmente coperta dal sistema penale e nella sua (eventuale) surroga con altri strumenti di controllo sociale*”¹⁴⁵.

L'esigenza di una deflazione penalistica, sorta con creazione del c.d. diritto penale moderno e con gli studi di Cesare Beccaria¹⁴⁶, è strettamente connessa al riconoscimento del principio di legalità, oltre che a quello di frammentarietà, meritevolezza e sussidiarietà penale, con riferimento al quale tratteremo nel corso dell'ultimo capitolo.

Pertanto, se da un lato si è così affermata l'idea che il diritto penale debba assumere un ruolo marginale all'interno della gamma degli strumenti di controllo

¹⁴⁴ CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, cit., p. 18.

¹⁴⁵ PALIERO C.E., *Depenalizzazione* (voce), in Dig. disc. pen., Torino, 425, 1989, p. 426.

¹⁴⁶ MELCHIONDA A., *La deflazione penalistica nell'era del giusto processo*, in *Riscrivere il codice penale. Vol. I: I fondamenti*, a cura dell'Unione Camere Penali Italiani, Pacini Editore, Ospedaletto (PI), 2014, p. 86.

sociale, dall'altro si è fatto strada il fenomeno antitetico dell'ipertrofia del diritto penale.

(A) Sotto il primo profilo, si è infatti riflettuto sulla circostanza che la pena rappresenti un'arma a doppio taglio e sia perciò necessario che questa non venga irrogata se non quale *ultima ratio* di tutela.

Tale esigenza risulta tanto più avvalorata se si considera che il diritto penale è chiamato a fornire una tutela *frammentata* volta a selezionare esclusivamente le offese che risultino meritevoli di pena. In particolare, secondo l'ottica di Bricola, l'intervento punitivo dello Stato dovrebbe emergere esclusivamente a tutela di beni giuridici di significativa rilevanza costituzionale, con conseguente incostituzionalità delle norme non suscettibili di essere lette o interpretate secondo tale parametro¹⁴⁷. Nonostante la tesi, come sappiamo, non abbia trovato unanime accoglimento in dottrina, essa porta avanti un'ineliminabile esigenza di razionalizzazione della legittimazione dell'intervento punitivo.

La dottrina, nel panorama europeo, ha, pertanto, rifiutato tre assunti fondamentali relativi, in primo luogo, a un diritto penale ricostruito in chiave moralizzatrice e pedagogica “*di pioniere o di staffetta delle trasformazioni sociali*”; in secondo luogo a un codice ricostruito come “*manuale popolare del minimo etico*”; e, infine, ad una normativa penale che “*assurga al rango – in chiave retribuzionistica – di spartiacque fra il giusto e l'ingiusto*”¹⁴⁸.

(B) La realtà dei sistemi positivi mostra come sia, per la verità, costante il secondo dei profili prima citati e cioè l'ipertrofia che colpisce il settore penalistico. La sanzione penale diventa così non l'*ultima ratio*, ma la prima e unica modalità di tutela di un determinato bene, assumendo una funzione sacrale e di monito su ciò che è sbagliato.

Il legislatore risulta, così, incapace di svolgere un ruolo effettivo di mediazione e di bilanciamento delle diverse istanze emergenti nella società e il diritto penale un'alternativa *facile e acclamata* dalla collettività. Quest'ultima vive nella paura di fenomeni criminosi ora reali ora indotti da un'ignoranza sempre più

¹⁴⁷ IBID., p. 87.

¹⁴⁸ PALIERO C.E., *Depenalizzazione* (voce), p. 426.

generalizzata sui temi di politica criminale, oltre che da una scarsa informazione dei *mass media*.

La conseguenza diretta è quella, da un lato, della “*penalizzazione a tappeto*” dei precetti amministrativi dello Stato assistenziale o, comunque, interventista e, dall’altro lato, della “*sostanziale amministrativizzazione delle strutture e dei principi fondamentali di larga parte del diritto penale*”¹⁴⁹. Il risultato ultimo, si è evidenziato¹⁵⁰, è un processo di decodificazione del diritto penale che ha comportato “*un’impropriazione del ‘volto classico’ dell’illecito penale (struttura, tecnica di conformazione delle fattispecie, criteri di imputazione della responsabilità) e la creazione di ‘microsistemi’ di diritto penale improntati a principi peculiari e in parte sottratti alla ‘chiave di lettura universale’ rappresentata dalla ‘parte generale’*”.

Questa situazione provoca una perdita di importanza del principio di frammentarietà del diritto penale e l’accoglimento di una tecnica meramente sanzionatoria, con il rischio, peraltro, di rinvii a catena e di norme penali in bianco, di problematica compatibilità con il principio di legalità.

Inoltre, è noto, come si sia assistito a sperequazioni nei criteri di imputazione della responsabilità in relazione a determinate categorie di beni giuridici tutelati e ad una eccessiva “*contrattualizzazione*” dell’attività legislativa in campo penale con, talvolta, la creazione di statuti privilegiati per determinate categorie di soggetti¹⁵¹.

Il volto alluvionale dell’illecito penale comporta una serie di inconvenienti che possono rendere opportuna una politica particolarmente attenta alla sussidiarietà penale, evitando fenomeni, quali la depenalizzazione di fatto¹⁵², che possono ingenerare una problematica ricostruzione dei principi caratterizzanti il sistema penale. Si pensi, per tutti, all’efficacia general-preventiva delle norme e a quella special-preventiva¹⁵³.

A tal proposito, è opportuno non sottovalutare come elemento nascosto del sistema, il sempre maggiore ingorgo giudiziario e il fenomeno del sovraffollamento

¹⁴⁹ IBID., p. 427.

¹⁵⁰ IBID., p. 427.

¹⁵¹ IBID., p. 427.

¹⁵² Non è peraltro detto che tale fenomeno abbia cessato di esistere in favore di una depenalizzazione legale. Si veda op. cit., p. 428.

¹⁵³ Si veda PALIERO C.E., *Depenalizzazione* (voce), cit., p. 428.

carcerario. Tali elementi, seppure non a livello ideale, sono idonei a rendere critica la tenuta del sistema.

Si sono così sviluppati tre diversi fenomeni: quello della *decarcerizzazione*, quello della *deprocessualizzazione* e, infine, quello della *depenalizzazione*. Se i primi due concernono l'esigenza di spostare la centralità del sistema sanzionatorio dal carcere ad altre pene e l'esigenza di economia processuale realizzata spesso attraverso i riti differenziati, il fenomeno della depenalizzazione o *deregulation* si è diffuso in molti ordinamenti a partire dagli anni '60 del secolo scorso¹⁵⁴.

¹⁵⁴ A tal proposito è opportuno procedere con qualche chiarimento terminologico. Si è in primo luogo distinto la decriminalizzazione dalla depenalizzazione, termini che sono molto spesso utilizzati quali sinonimi.

Secondo una prima interpretazione, la decriminalizzazione indica la radicale soppressione di fattispecie penali e, dunque, la soppressione della stessa incriminazione e, dunque, della pena. La seconda, invece, concerne interventi meno incisivi, ma avrebbe, allo stesso tempo, un contenuto più ampio, poiché sarebbe idonea a inglobare ogni tipo di forma di attenuazione o di modificazione delle sanzioni applicabili. Il termine depenalizzazione dovrebbe, dunque, essere impiegato “sicuramente, in tutti i casi di sostituzione della pena con sanzioni extrapenali e, forse, nelle ipotesi di attenuazione del regime sanzionatorio penale”¹⁵⁴.

Secondo una diversa interpretazione, mentre la decriminalizzazione dovrebbe indicare la perdita della natura criminale del fatto e il residuo di una sua illiceità sotto altro profilo (amministrativo, civile, disciplinare), la depenalizzazione dovrebbe indicare la completa liceizzazione del fatto, andando a integrare un intervento più radicale.

Infine, secondo un ultimo orientamento, la decriminalizzazione dovrebbe avere la funzione di attenuare o sopprimere il carattere criminale del fatto e la depenalizzazione, invece, avrebbe il ruolo di attenuare o sopprimere la sanzione penale.

A fronte della presa d'atto della molteplicità delle interpretazioni di questi due termini, è emersa l'impressione che si trattasse di formule a carattere semplicemente nominalistico, idonee a spiegare in negativo i fenomeni senza nulla affermare in via positiva. Se si guarda, infatti, a tale ultimo profilo, i termini non sono affatto chiari. In particolare, si è fatta strada l'idea che, almeno nel nostro ordinamento, il termine depenalizzazione stesse ad indicare quel fenomeno che comporta la sostituzione legislativa di una pena criminale con la sanzione pecuniaria amministrativa. A ben vedere, però, qualora le tecniche legali mutassero, tale definizione apparirebbe del tutto marginale. Si veda IBID., pp. 430 ss.

Interessante può essere chiarire la distinzione tra depenalizzazione *di fatto* e *de iure* da un lato, e tra depenalizzazione *in concreto* e *in astratto*, dall'altro. Ciò in particolare al fine di valutare una depenalizzazione “formale” da parte del legislatore.

Ebbene, per depenalizzazione *de iure* si intende quella che viene predisposta dal legislatore sia con l'abrogazione o con la degradazione di fattispecie penali che con “l'introduzione di filtri selettivi istituzionalizzati delle fattispecie concrete”. Per depenalizzazione *di fatto*, invece, si intende la selezione che avviene in via di prassi.

Per quanto concerne, invece, la seconda dicotomia, la depenalizzazione *in concreto* riguarda “quegli interventi deflattivi legali che non si esauriscono una volta per sempre con l'intervento del legislatore”, come invece avviene per la depenalizzazione *in astratto*. Ai fini della depenalizzazione *in concreto* è necessario l'intervento caso per caso dell'operatore giuridico penale (si pensi di volta in volta al giudice, al PM, alla polizia o alla stessa vittima del reato): spetterà dunque a tali soggetti valutare, alla luce dei criteri fissati dal legislatore, se il fatto *concreto* merita una risposta sanzionatoria o una risposta depenalizzatrice. L'Autore aggiunge poi che tra gli attuali paradigmi della politica di depenalizzazione possiamo rinvenire la fiscalizzazione, la medicalizzazione, la secolarizzazione e la privatizzazione.

E' importante rilevare come il diritto punitivo amministrativo sia sempre emerso quale alternativa storica al diritto penale. Esso ha rappresentato, inoltre, la soluzione legislativa più consolidata nei vari ordinamenti europei, oltre a quella costantemente seguita da parte del legislatore italiano¹⁵⁵.

Il più delle volte, l'intervento si risolve nel lasciare intatto il contenuto del precetto e nella mera eliminazione della valenza penale della sanzione, alla quale viene "assegnata ex lege", natura amministrativa¹⁵⁶. L'illecito depenalizzato assume così il ruolo di un terzo polo sistematico.

(C) Molto interessante, ai nostri fini, risulta essere quella tecnica di depenalizzazione che si sviluppa attraverso la c.d. secolarizzazione. Si tratta, come è facile intuire, di un arretramento del diritto penale dalle frontiere della religione e della morale, specie sessuale. Si pensi così alla decriminalizzazione, in molti ordinamenti, dell'adulterio, dell'omosessualità, della pornografia, della prostituzione, o ancora, di fattispecie quali il gioco d'azzardo, lo stato di ubriachezza, l'aborto e così via.

Tale tecnica, si è efficacemente notato, non rientra propriamente nel principio *minima non curat praetor*, né può affermarsi che la sua *ratio* pratica risieda nell'esigenza di "economia criminale": *"in questo caso sono nuove esigenze di giustizia materiale o mutate valutazioni di 'meritevolezza di pena' a condurre alla decriminalizzazione di fatti che assolutamente non sono bagatellari (si pensi, emblematicamente all'aborto)"*.

Nella materia che qui ci occupa, una riflessione sulle caratteristiche e sull'entità della c.d. secolarizzazione può risultare quanto mai opportuna, specie se si considera che unanime dottrina ha individuato nell'esigenza di una più efficace separazione tra diritto penale e morale, la depenalizzazione degli atti osceni.

Pertanto, l'arretramento, in presenza di tale esigenza, della sanzione penale non comporta necessariamente la liceizzazione delle condotte prima penalmente sanzionate¹⁵⁷. Del resto, anche la depenalizzazione, in senso proprio, comporta

¹⁵⁵ Si sono, dunque, diversi modelli di disciplina, sul punto si veda IBID., p. 437.

¹⁵⁶ IBID., p. 439.

¹⁵⁷ IBID., p. 435.

raramente un'opzione legislativa a favore della liceizzazione delle stesse implicando, più spesso, una sua riconduzione ad un diverso apparato sanzionatorio¹⁵⁸.

Pertanto, nelle ipotesi di depenalizzazione *de iure*, il legislatore può o liceizzare completamente un determinato comportamento, o sancire la sopravvenuta neutralità del diritto penale rispetto a un comportamento, lasciando residuare un'illiceità a carattere civile, disciplinare o a carattere puramente etico, ed evidenziando l'inopportunità in termini di costi-benefici della sanzione penale¹⁵⁹.

(D) La via della deflazione penalistica, oltre a consolidati pregi, ha evidenziato non pochi limiti, limiti che possono essere rinvenuti anche con riferimento alla recente riforma del 2016.

In primo luogo, da un punto di vista di impatto quantitativo, gli interventi di depenalizzazione, malgrado ciclici, non sono stati poi molti, o almeno non sono stati tali da rimodellare in maniera compiuta il volto di molti illeciti.

In secondo luogo, si è da più parti sostenuto che *“non si sono create le basi per una effettiva efficacia della sanzione amministrativa anche sul piano dell'accertamento e dell'irrogazione”* della stessa.

Infine, si è evidenziato il rischio che l'applicazione di misure formalmente solo amministrative desse luogo all'applicazione di sanzioni non meno afflittive di quelle penali, *“ma senza tutte le garanzie costituzionalmente imposte per il diritto penale”*¹⁶⁰. Sul punto torneremo meglio nel corso dell'ultimo capitolo.

Ancora qualche breve considerazione sul punto.

L'esigenza di deflazione, sebbene meritevole di essere valorizzata è stata definita, da un lato, come utopistica e insufficiente e, dall'altro, come pericolosa¹⁶¹ e ciò proprio per le ragioni che abbiamo ora visto.

¹⁵⁸ MELCHIONDA A., *La deflazione penalistica nell'era del giusto processo*, cit., p. 87.

¹⁵⁹ PALIERO C.E., *Depenalizzazione* (voce), cit., p. 436.

¹⁶⁰ MELCHIONDA A., *La deflazione penalistica nell'era del giusto processo*, cit., p. 89. Interessante risulta poi l'analisi relativa agli strumenti dell'*oblazione* e della *procedibilità a querela*. Questa, a parere dell'Autore, non ha, infatti, dato tanto ad esiti negativi, quanto ad esiti insufficienti. Il punto non può essere qui analizzato. Basti, ad ogni buon conto, rilevare che le insufficienze sono state individuate, da un lato, nel margine di discrezionalità del giudice e, dall'altro, nel limitato raggio di applicazione dell'istituto. Si pensi, ancora, all'istituto del *patteggiamento* o agli strumenti che, secondo l'Autore, possono essere definiti di *deflazione arbitraria* quali l'amnistia, i vari tipi di condoni e l'istituto della prescrizione. Sul punto si vedano le pp. 89-90. Si pensi, infine, alla riforma in tema di giudice di pace o in campo minorile, cfr. pp. 91 ss. Quanto all'opportunità di una rinnovata c.d. riserva di codice si vedano le interessanti considerazioni di MELCHIONDA A., op. cit., pp. 95 ss.

¹⁶¹ *IBID.*, p. 90.

Sotto il primo profilo, infatti, essa non sempre sortisce effetti reali per quanto riguarda la rivalutazione in chiave di liceità – e questo aspetto risulta senza dubbio presente anche nella nuova legge del 2016. Non risulta, come abbiamo avuto modo di notare, molto praticata l'idea di eliminare ogni tipo di conseguenza sanzionatoria in merito alla commissione di una condotta comunque in precedenza penalmente punita.

Sotto il secondo profilo, la deflazione può risultare appunto pericolosa laddove si faccia ricorso a sanzioni non meno afflittive di quella penale, ma allo stesso tempo affrancate dalle garanzie che l'apparato penalistico porta con sé.

Interessante è notare che quest'ultimo profilo rivela tutta la sua problematicità se si considera che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo vieta ogni tipo di “truffa delle etichette”. Nel caso, cioè, di sanzioni solo formalmente amministrative, ma che possono, nel loro grado di afflittività, essere equiparate alle sanzioni penali, il legislatore rimane vincolato sotto diversi profili – quali il divieto di retroattività, il compiuto accertamento processuale della colpevolezza – al rispetto delle garanzie costituzionalmente previste in materia penale. La nozione di pena non può dunque essere assunta esclusivamente in chiave penale, ma in ragione di criteri sostanziali di afflittività¹⁶². Questa circostanza, che analizzeremo meglio nel corso dell'ultimo capitolo, è idonea a porre sotto una luce diversa l'annosa questione della distinzione tra reato e illecito punitivo amministrativo.

Secondo parte della dottrina, le alternative allora non sono molte. O si ricostruisce il sistema e l'apparato applicativo delle sanzioni amministrative in termini tali da riportarlo a *“fungere da vera e razionale alternativa al diritto penale”*, e allora *“solo così potrà riassumere concretezza la via della c.d. depenalizzazione, ma con la parallela esigenza di non violare superiori esigenze garantistiche”* oggi estese anche a tale settore sanzionatorio, o si procede a una “deflazione processuale” più che esclusivamente penale che promuova una rinuncia al processo *“nella segnalata prospettiva di considerare sì obbligatoria l'azione penale, ma non anche la stessa conclusione del processo, non solo quando è condotto nel rispetto del contraddittorio delle parti e di fronte ad un giudice terzo e imparziale, ma anche quando presenta (ancora) le condizioni e la possibilità di giungere a una soluzione*

¹⁶² Sul punto si veda *funditus*, ult. op. cit., p. 91.

‘giusta’; quando cioè opera (ancora) quale strumento idoneo a ‘fare giustizia’”. Si afferma cioè che se nel corso del processo è già stato possibile giungere a una soluzione di giustizia, *“quel processo non ha più alcuna ragione di proseguire”*¹⁶³.

2.1.3.2. Pregi e difetti della depenalizzazione operata con i dd. lgss. nn. 7 e 8 del 2016: la riforma degli atti osceni.

Venendo più da vicino alla depenalizzazione operata nel 2016, l’idea di fondo della riforma è quella, come recita il disegno di legge, da un lato, di evitare il carico giudiziario e, dall’altro, quella di espungere dal sistema penale fattispecie desuete o non più conformi ai principi di laicità e pluralismo del nostro ordinamento costituzionale¹⁶⁴.

Come è noto, infatti, negli ultimi anni la produzione legislativa è stata intensa e caratterizzata tanto da riforme sistematiche, quanto da interventi d’urgenza. La politica legislativa più seguita è comunque rimasta quella del ricorso alle misure alternative previste dall’ordinamento penitenziario, primi fra tutti i benefici penitenziari utilizzati tanto in via d’urgenza che quali strumenti di *“più lungo respiro”*¹⁶⁵.

La legge delega del 2014 ha, in particolare, evidenziato come vi siano due strumenti che giocano un ruolo fondamentale nell’ottica della deflazione e che fungono *“quasi come due facce della stessa medaglia”*. Si tratta della speciale tenuità del fatto e della depenalizzazione in senso stretto. L’idea è quella di evitare la pena in presenza di illeciti bagatellari: si attua, così, una depenalizzazione in astratto con riferimento alla degradazione di taluni reati ad illeciti amministrativi (e oggi anche civili) e una depenalizzazione in concreto attraverso la clausola di non punibilità per speciale tenuità del fatto¹⁶⁶.

¹⁶³ IBID., pp. 97-98.

¹⁶⁴ GARGANI A., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di “riforma della disciplina sanzionatoria”*. (Art. 2 l. 28.4.2014 n. 67), cit., p. 4.

¹⁶⁵ PALAZZO F.C., *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, cit., p. 285.

¹⁶⁶ IBID., p. 286. In realtà, l’Autore evidenzia come siano emerse polemiche in ordine alla presunta espulsione di reati non bagatellari puniti con una pena detentiva nel massimo fino a cinque anni. Ad ogni buon conto, si rileva che tali polemiche risultano essere pretestuose cadendo nell’equivoco di confondere appunto il meccanismo della depenalizzazione in astratto con quella in concreto. Sulla speciale tenuità del fatto si veda op. cit., p. 286. Basti qui rilevare che *“la nuova causa di non punibilità aspirerebbe proprio ad introdurre un elemento di razionalizzazione nell’esercizio*

Quanto alla depenalizzazione, essa è una scelta, nel panorama dei possibili strumenti di deflazione, ormai ciclica del nostro legislatore e mostra come vi sia una “*cronica patologia del sistema*”¹⁶⁷. Avendo creato con la legge n. 689 del 1981 una vera e propria autonoma tipologia di illecito punitivo amministrativo, “*la depenalizzazione non dovrebbe più intervenire nella vita dell’ordinamento, se davvero il legislatore sapesse governare con costanza e razionalità l’opzione tra illecito penale e illecito amministrativo*”¹⁶⁸.

Ciò detto la depenalizzazione mantiene, in presenza di determinate circostanze, una sua utilità dato che può fungere da “*ossigeno*” in un “*sistema prossimo al collasso*”¹⁶⁹.

A questo proposito, le fattispecie di atti osceni e di pubblicazioni oscene¹⁷⁰, avevano sollevato da tempo dubbi sia sul piano dell’offensività che su quello della meritevolezza di pena.

La stessa reinterpretazione del bene giuridico protetto, convergente su una individualizzazione del bene del pudore, aveva mostrato come si rendesse necessaria una conformazione di tali reati ai parametri costituzionali.

Si stentava dunque a riconoscere nell’interesse protetto la moralità pubblica e si ricostruiva il bene tutelato nei termini di garanzia della libertà dei consociati, libertà non avente alcuna connotazione superindividuale, come risultava invece originariamente nel codice Rocco¹⁷¹.

dell’azione penale, contribuendo così a ridimensionare quello spazio sostanzialmente ‘libero’ a disposizione del pubblico ministero, nella direzione pur sempre dello scopo deflativo”. Il nuovo istituto è però stato guardato con diffidenza da parte di chi rileva che la sua applicazione non potrà che essere eccezionale, poiché esclusi i casi di completa inoffensività ex art. 49 co. 2 c.p., quelli di speciale tenuità avranno un’applicazione ristretta, e di chi evidenzia il totale vuoto di tutela. In tali ipotesi, infatti, l’unica conseguenza negativa è l’iscrizione nel casellario giudiziale e l’efficacia nel giudizio civile o amministrativo della sentenza di proscioglimento che lo applica. Si veda p. 287. Importante è notare che la differenza tra offensività e irrilevanza verte fondamentalmente sul requisito di tipicità del fatto. In particolare, mentre se un fatto non risulta concretamente offensivo, non è neppure penalmente irrilevante, nel caso dell’irrilevanza l’offensività del fatto tipico risulta inalterata, ma viene meno l’esigenza di definizione del processo penale. Si veda MELCHIONDA A., *La deflazione penalistica nell’era del giusto processo*, cit., p. 91.

¹⁶⁷ PALAZZO F.C., *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, cit., p. 287.

¹⁶⁸ IBID., p. 287.

¹⁶⁹ IBID., p. 287.

¹⁷⁰ GARGANI A., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di “riforma della disciplina sanzionatoria”*, cit., p. 11.

¹⁷¹ Si veda sul punto IBID., p. 11.

Si ricorderà, peraltro, come la fattispecie colposa di atti osceni fosse già stata depenalizzata in illecito amministrativo a mezzo del d.lgs. n. 507 del 1999.

La recente depenalizzazione procede dunque, nell'ottica di uno svuotamento ancora più marcato del titolo IX, ad un'ulteriore delegittimazione della visione della moralità pubblica e del buon costume quali interessi meritevoli di tutela. A completamento di tale visione, si è proceduto alla depenalizzazione anche della contravvenzione degli atti contrari alla pubblica decenza¹⁷².

Salvo quanto diremo in seguito, l'intervento sulle fattispecie in materia di osceno è stato salutato con particolare favore nel segno di una *progressiva laicizzazione del diritto penale* e della sua separazione dalla sfera della morale. In ragione di ciò, si è affermato¹⁷³ che, se appare ragionevole il mantenimento della rilevanza penale degli atti osceni commessi all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori – sempre se da ciò deriva il pericolo che vi assistano – prevista all'art. 527 co. 2 c.p., qualche perplessità desta, invece, la mancata depenalizzazione dell'ipotesi prevista all'art. 528 co. 3 c.p. avente ad oggetto l'uso di mezzi di pubblicità atti a favorire la circolazione o il commercio di oggetti osceni e i pubblici spettacoli osceni. Tale scelta può apparire “*distonica rispetto alla più aggiornata interpretazione del bene giuridico rilevante e ai principi costituzionali*”¹⁷⁴.

Orbene, la depenalizzazione del 2016 presenta, ad ogni buon conto, oltre a consueti limiti anche qualche elemento di novità.

In particolare, accanto a tali dubbi tradizionali, vi sono talune novità¹⁷⁵ che devono essere positivamente accolte. In primo luogo è stata accolta una disciplina transitoria del passaggio dall'illecito penale a quello amministrativo con realizzazione, quindi, di un'istanza di giustizia e razionalità¹⁷⁶. In secondo luogo, per

¹⁷² IBID., p. 11.

¹⁷³ IBID., p. 11.

¹⁷⁴ IBID., p. 11.

¹⁷⁵ IBID., p. 2.

¹⁷⁶ Per costante orientamento della Corte di Cassazione, il fatto commesso sotto la vigenza della legge penale e poi depenalizzato “*andava esente da qualunque pena per intervenuta abolitio criminis cui non poteva fare da riscontro un'applicazione retroattiva della nuova legge punitiva amministrativa in virtù del principio di irretroattività vigente anche in campo amministrativo*”. La legge del 2016 ha invece risposto diversamente “*presupponendo una sorta di successione tra leggi tutte punitive e per ciò omogenee*”, evitando, ad ogni buon conto, un trattamento deteriore. Si veda sul punto l'art. 8 del

utilizzare nella massima portata le indicazioni depenalizzatrici contenute nella delega, nel silenzio della stessa, è stato stabilito che la depenalizzazione si applicasse anche rispetto a quelle fattispecie che, punite nell'ipotesi base con sola pena pecuniaria, siano invece punite con pena detentiva nelle ipotesi aggravate¹⁷⁷. Infine, comprare la sanzione pecuniaria civile, la quale si aggiunge al risarcimento del danno. Si tratta con tutta probabilità di una nuova specie sanzionatoria la cui natura giuridica risulta, tuttavia, ancora ambigua, a carattere privatistico e pubblicistico dato che può essere irrogata solo assieme al risarcimento del danno – e pertanto su azione civile esercitata dal privato – ma il cui ammontare è devoluto alle casse dell'erario¹⁷⁸. I reati trasformati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili risultano, come è stato precisato, in linea con il processo di crescente eticizzazione della responsabilità civile: l'istituto si distacca infatti dalle pene private previste nel nostro ordinamento, assumendo caratteri di (relativa) autonomia funzionale e contenutistica¹⁷⁹.

Quanto ai limiti, questi attengono ai criteri di depenalizzazione.

Il primo è fondato sulla specie di pena, il secondo è di carattere nominativo.

Si è rilevato¹⁸⁰ che, quanto al primo, esso risulta essere sostanzialmente “cieco” non consentendo la selezione sulla base dell'intrinseco contenuto di disvalore e delle caratteristiche proprie delle singole violazioni.

Quanto al secondo, l'individuazione nominativa dei reati da depenalizzare si limita a poche fattispecie (talvolta poco significative). Inoltre anche il sistema di esclusione dalla depenalizzazione di intere materie può risultare “poco soddisfacente” poiché non riesce, ancora una volta, a selezionare in maniera efficace

decreto n. 8. Si veda PALAZZO F.C., *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, cit., p. 288.

¹⁷⁷ IBID., p. 288. Per evitare poi che il confine tra illecito penale e amministrativo dipenda dal giudizio discrezionale del giudice in sede di bilanciamento delle circostanze e sopportare dunque incertezze applicative, si è stabilito che “*la fattispecie aggravata (non depenalizzabile) deve essere considerata come fattispecie autonoma*”. Si deve, infatti, ritenere che dato che sono depenalizzati tutti i reati puniti con la sola pena pecuniaria, si sia implicitamente attribuito al legislatore delegato “*il potere di trasformare le fattispecie aggravate in fattispecie autonome pur di depenalizzare quelle 'base'*”.

¹⁷⁸ Il profilo punitivo non viene dunque alterato, così come resta la necessità di non perdere di vista un'esigenza di prevenzione generale. Si veda, ancora una volta, PALAZZO F.C., *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, cit., p. 288.

¹⁷⁹ Si veda sul punto GARGANI A., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di “riforma della disciplina sanzionatoria”*, cit., pp. 15 ss. Si noti come tali illeciti di carattere civile si collochino al crocevia tra la tradizione delle pene private, trasfusa in alcuni istituti vigenti nel nostro ordinamento e i c.d. *punitive damages* dell'esperienza anglo-americana.

¹⁸⁰ PALAZZO F.C., *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, cit., p. 287.

quelle materie che, sebbene rientrino nella stessa, siano anche di carattere bagatellare. Peraltro, le singole esclusioni potrebbero assumere carattere “*tabuistico*” o rispondere a difficoltà di ordine tecnico, alle contingenze politiche del momento con inclinazione a valorizzare la tutela di determinati beni o, infine, a riflettere la persistente fiducia nell’“*efficienza repressiva della pena*”¹⁸¹.

Pertanto, non risulta facile intravedere una chiara e unitaria logica politico-criminale, né tanto meno, “*una vera e propria ‘politica dei beni giuridici’*”¹⁸². Si tratta piuttosto di un accoglimento di logiche settoriali con finalità eterogenee, con detrimento di una chiara coerenza sistematica.

Si è così affermato¹⁸³, che “*da tempo emarginato nel ruolo di limite della tutela penale, il bene giuridico, anche sul versante della deflazione, appare sempre meno in condizione di svolgere la propria funzione ordinante e razionalizzante, a causa del primato assunto da spinte funzionalistiche, collegate allo sfoltimento processuale*”. Vero è che il disegno politico-criminale risulta più coeso e coerente per quanto concerne il micro-sistema degli illeciti sottoposti a sanzione pecuniaria civile¹⁸⁴.

Peraltro, la degradazione dell’illecito penale a uno depenalizzato non è automaticamente in grado di produrre “*effetti virtuosi, in termini di efficienza punitiva, soprattutto, quando oggetto di depenalizzazione siano fattispecie di scarsa rilevanza sul piano applicativo ovvero l’autorità extra-penale non disponga delle cognizioni e delle risorse necessarie per fronteggiare e gestire efficacemente l’applicazione delle sanzioni punitive*”¹⁸⁵.

¹⁸¹ GARGANI A., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di “riforma della disciplina sanzionatoria”*, cit., p. 8.

¹⁸² Si noti, invece, che ad esempio la legge del 1999 aveva quale chiaro connotato l’idea dell’efficienza e della ‘preoccupazione funzionalistica’. Le coordinate dell’intervento del 2016 non risultano, al contrario, chiaramente determinabili. Si veda GARGANI A., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di “riforma della disciplina sanzionatoria”*, cit., p. 22.

¹⁸³ IBID., p. 23.

¹⁸⁴ IBID., p. 23. La selezione sembra effettuata sulla base di un criterio sostanziale, sensibile alle caratteristiche del bene protetto e che conferisce alle fattispecie una relativa omogeneità. Così, nonostante che il numero degli illeciti sia tutto sommato limitato, “*la protezione di diritti economico-patrimoniali e della personalità rappresenta [...] il terreno di sperimentazione legislativa delle funzionalità preventivo-repressive di forme di responsabilità civile alternative alla tutela penale e amministrativa*”. Si veda op. cit., pp. 23 ss.

¹⁸⁵ IBID., p. 24. Sul punto torneremo meglio nel corso dell’ultimo capitolo. Interessante è il richiamo a PADOVANI T., *Promemoria sulla questione della giustizia*, in CP 2007, 4028, il quale afferma che se si vuole davvero porre rimedio all’incapacità del sistema giudiziario nel suo complesso, di accertare e reprimere i reati, occorre prendere atto della subalternità e strumentalità del diritto sostanziale nei

In dottrina, si è rilevato che nel complesso, nonostante il fatto che la legge delega abbia un carattere strategico, solo la revisione del catalogo codicistico delle *specie di pena* avrebbe potuto segnare “una svolta ispirata non solo all’obiettivo efficientistico ma anche all’ideale di una nuova articolazione del sistema punitivo complessivo nelle tre aree diverse ed incomunicanti del ‘penale-carcerario’, del ‘penale-non-carcerario’ e del ‘punitivo amministrativo’: in questa logica davvero strategica, la riforma dell’ordinamento penitenziario sarebbe venuta come una conseguenza in relazione essenzialmente alla prima delle tre aree e dunque riconquistando la sua prioritaria ispirazione in chiave riabilitativa piuttosto che meramente deflativa”¹⁸⁶. E’ chiaro che, non avendo perseguito questo obiettivo di fondo, si sia ripiegato sulla logica dell’efficientismo e della riduzione del carico giurisdizionale che, nonostante le innovazioni proprie della riforma, di strategico, ha ben poco.

2.2. Prospettive de iure condendo. Possibili riformulazioni della fattispecie di atti osceni in virtù del concetto di personal sovereignty.

La parabola degli atti osceni rappresenta un banco di prova di notevole interesse per quanto concerne, da un lato, il dibattito relativo alla separazione tra

confronti del processo penale, essendo necessario intervenire laddove si sviluppano le dinamiche del predetto, crescente, asservimento. Bisogna, in altre parole, misurarsi sugli ingressi e cioè con il tema dell’obbligatorietà dell’azione penale: “un limite ‘tabuistico’, nel quale è destinato a infrangersi il sogno di un’efficace depenalizzazione”. Si veda GARGANI A., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di “riforma della disciplina sanzionatoria”*, cit., p. 25. Ancora, in materia, MELCHIONDA A., *La deflazione penalistica nell’era del giusto processo*, cit., pp. 93 ss. Sarebbe, infatti, opportuno svolgere qualche riflessione sul concreto esercizio dell’azione e sul suo proseguimento fino alla conclusione del processo. Ci si deve cioè chiedere quale giustificazione alla pena, sul piano retributivo, general-preventivo e special-preventivo, possa esistere in determinate circostanze. In altre parole, il punto è se non si debba rinunciare alla pena, e quindi anche al processo, nel momento in cui vengono meno esigenze di punizione sotto i profili esposti. Gli strumenti sui quali lavorare potrebbero essere molteplici. Si pensi allo spazio relativo alle condizioni sopravvenute di improcedibilità nell’ottica di un raggiunto accordo transattivo fra l’autore del reato e la vittima in ipotesi in cui circostanze aggravanti mutino la procedibilità del processo d’ufficio invece che a querela. Si pensi, ancora, all’oblazione quale strumento di mantenimento, per quel che serve, dello stigma proprio della sanzione penale, e tuttavia previsione di una regressione dell’illecito nella sfera della mera tutela amministrativa. Sul punto si veda il progetto di codice penale elaborato dalla Commissione Grosso.

¹⁸⁶ Per approfondimenti si veda PALAZZO F.C., *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, cit., p. 289.

diritto penale e morale e, dall'altro, la possibile valorizzazione del concetto di autonomia personale, anche nel nostro ordinamento.

Come abbiamo visto, la secolarizzazione è un processo che afferisce, pur differenziandosene, alla depenalizzazione. Di fronte a fattispecie come quella degli atti osceni è possibile parlare proprio di secolarizzazione.

Se consideriamo che la norma era inserita all'interno del titolo relativo ai delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, decisiva appare la scelta del legislatore di riformulare tale delitto, fornendo un sempre più marginale ambito applicativo alle norme che tutelano tali beni giuridici. Del resto, è noto come i concetti di moralità pubblica e di buon costume siano di tutt'altro che agevole definizione. Ciò rimane vero nonostante gli sforzi interpretativi che tengono conto della rilevanza del buon costume in chiave costituzionale.

Ebbene, come molte delle norme che riguardano aspetti legati a concezioni culturali e sociali, si pensi alle norme relative alla tutela dei rapporti familiari, del matrimonio e così via, anche gli atti osceni risultano profondamente legati al terreno storico e culturale nel quale la norma viene creata.

Questo aspetto non deve essere rinnegato, ma deve essere, al contrario, interpretato e valorizzato proprio nell'ottica di una necessaria storicizzazione di fattispecie di questo tipo. Del resto, *nessun legislatore e nessun codice può farsi carico di scrivere norme penali che interpretino una volta per tutte il proprio tempo*. La norma penale, essendo fondata sulla condotta di un individuo, risulta necessariamente caratterizzata dalle contingenze storiche del momento. Anche perché *“nel fare riferimento al ‘diritto penale’, dovremmo al contempo tenere presenti, per un verso, il diritto penale come istituzione storica e potere punitivo concreto, legislazione positiva e prassi giudiziale; e per altro verso, la teorizzazione penalistica”*¹⁸⁷.

Certo è che il legislatore incontra dei limiti all'esercizio del potere punitivo. Come abbiamo visto, questi sono dati principalmente dal fatto che il legislatore non può punire ciò che la società non ritiene dannoso e, in chiave costituzionale, ciò che non abbia una qualche connotazione valoriale da rinvenire, in maniera diretta, indiretta o altrimenti, in Costituzione. La Carta Costituzionale, al di là del ruolo che

¹⁸⁷ FIANDACA G., *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, cit., p. 1385.

le si voglia riconoscere con riferimento alla selezione dei beni giuridici, *rimane un parametro di legittimità* delle norme che deve essere tenuto in attenta considerazione.

Appare dunque “*grottesco professarsi anti-ideologici o post-ideologici, perché la risposta, qualsiasi risposta, implica una concezione della vita e del mondo*”¹⁸⁸. Discutendo attorno a temi relativi a laicità e pluralismo nel quadro di una democrazia costituzionale, è necessario però interrogarci “*sui limiti di legittimità del principio di maggioranza considerato sia sotto il profilo politico-istituzionale, sia sotto quello delle concezioni morali dominanti*”¹⁸⁹.

Si tratta di svolgere un attento lavoro di bilanciamento tra ciò che proviene dal sociale e, come tale, risulta legittimato in astratto a essere considerato dal legislatore penale e ciò che proviene dalla maggioranza senza essere condiviso da morali minoritarie che devono essere del pari tutelate in un ordinamento pluralista. Se, infatti, il diritto penale risulta, come dato storico, intriso di etica, le odierne legislazioni positive mostrano come vi sia una tendenza alla ri-eticizzazione di determinate condotte in chiave populistica¹⁹⁰.

In quest'ottica, il bene giuridico, per le sue caratteristiche di fondo si presta a una certa ambiguità o ambivalenza date dalla sua rilevanza, da un lato, in chiave liberale, ma dall'altro, in chiave autoritaria. La teoria del bene giuridico *ha*, infatti, *fatto a meno di avere alle sue spalle una teoria della società* prestandosi a una *valutazione ampiamente discrezionale* del legislatore e idonea a comprendere estensivamente ogni legittimo oggetto di tutela¹⁹¹.

Mettendo in comunicazione il bene giuridico con la Costituzione, ammesso che del concetto di bene giuridico in senso meta-sistemico e critico vi sia ancora bisogno¹⁹², il primo non potrà più essere identificato come un *quid* predefinito o predefinibile, ma come un *posterius*, cioè come un *riflesso dei principi* che dovrebbero concorrere a definire una democrazia costituzionale sotto il profilo dell'ambito e dei limiti di ciò che è penalmente tutelabile.

¹⁸⁸ Molto interessante sui temi eticamente sensibili di bioetica e biodiritto, FIANDACA G., ult. op. cit., p. 1383.

¹⁸⁹ IBID., p. 1385.

¹⁹⁰ IBID., p. 1385.

¹⁹¹ IBID., p. 1388.

¹⁹² IBID., p. 1390.

Nonostante la sempre maggiore influenza di una lettura populistica della società e del diritto penale, il raggiungimento di intese ampie, in sede di regolamentazione normativa, rappresenta una sfida importante del nostro tempo.

Il raggiungimento di tali intese, peraltro, *“presupporrebbe – come condizione sostanziale – uno sforzo di superamento dell’attuale pluralismo etico, in vista della costruzione (per dir così) di un nuovo ‘minimo etico condiviso’: in una prospettiva beninteso che, in particolare oggi, non dovrebbe rimanere circoscritta a una sola cultura o a un solo paese, ma dovrebbe estendersi a un orizzonte transnazionale e transculturale”*¹⁹³.

Del resto, la pretesa, anche nell’ottica delle scelte di depenalizzazione, di muovere verso una *neutralità* delle discipline normative relativamente a temi che abbiano a che fare con gli orientamenti etici, culturali e sociali, appare abbastanza illusoria. *Qualsiasi* disciplina, nella misura in cui implica scelte e bilanciamenti tra valori influenzati da concezioni della vita e del mondo esprime, inevitabilmente qualche ideologia o filosofia¹⁹⁴. E’ prendendo atto di questo aspetto che è necessario avere *“coraggio politico e coraggio intellettuale”*¹⁹⁵, ricostruendo le norme penali non in chiave populistica, ma con attento bilanciamento degli interessi in gioco.

Sotto un altro profilo, gli studi anglo-americani possono risultare di particolare interesse al fine di una lettura che valorizzi il concetto di autonomia personale in chiave di *harm* o *offence* anche nel nostro ordinamento.

Parte della dottrina italiana ha sostenuto che le strategie di legittimazione teorica del diritto penale di matrice anglo-americana sono *“per certi aspetti preferibili, rispetto alla teoria europeo-continentale del bene giuridico”* poiché *“riescono meglio a portare alla luce le molteplici e complesse opzioni politico-valutative che stanno alla base delle scelte di penalizzazione”*. Infatti, *“il principio-cardine del danno ad altri poggia su di un concetto – per dirla in termini di filosofia del linguaggio – ‘spesso’: caratterizzato cioè da uno strettissimo, inestricabile intreccio tra giudizi di fatto di tipo empirico-scientifico e giudizi di valore in chiave*

¹⁹³ IBID., p. 1413.

¹⁹⁴ IBID., p. 1413.

¹⁹⁵ IBID., p. 1413. L’Autore, in tema di fine vita cita SCHIAVONE A., *L’uomo e il suo destino*, in *Che cosa vuol dire morire* (a cura di Monti D.), Einaudi, Torino, 2010.

etico-politica”¹⁹⁶. La componente assiologica del danno è stata riconosciuta dallo stesso Feinberg, il quale ha precisato che non si tratta di una nozione meramente empirica ma che nasconde dimensioni normative. Proprio per questo motivo è necessario specificarne il contenuto con ulteriori valutazioni morali e di giustizia, e cioè le famose massime di mediazione che “*nel contesto dottrinale nostrano, siamo soliti indicare come criteri costituzionalmente rilevanti di politica criminale*”¹⁹⁷.

Ebbene, il primato dell'autodeterminazione personale, di matrice milliana, quale vero e proprio diritto costituito dall'esercizio di un potere di signoria assoluta su se stessi risulta di fondamentale importanza in una prospettiva *de iure condendo* sugli atti osceni. Infatti, riconoscere che anche nel nostro ordinamento sussiste il diritto di plasmare da sé la propria vita e di orientare il corso della propria esistenza comporta una rilettura della fattispecie di atti osceni che mantenga una qualche rilevanza penale, seppure escludendo un'ottica di tutela di beni collettivi e anti-storici quali la moralità pubblica e il buon costume.

La materia che qui ci occupa può dare il via a un utile confronto con l'*offence principle* e il diritto alla *privacy* anglo-americani¹⁹⁸.

¹⁹⁶ IBID., p. 1396.

¹⁹⁷ IBID., p. 1397.

¹⁹⁸ In particolare, per una lunga e interessante disamina sul concetto di osceno si veda FEINBERG J., *Offence to others*, cit., pp. 97 ss.

Si noti comunque che Feinberg, op. cit., pp. 17 ss., precisa come “*the disquietude caused in captive observers by public nudity and sexual behavior is a complicated psychological phenomenon, difficult to explain not only because of wide individual differences, but also because so many psychic elements are involved, and combine in so many possible ways*”. Pensiamo appunto alla nudità o alla visione di un rapporto sessuale da parte di terzi. Feinberg interrogandosi sulla complessità di tale fenomeno psicologico evidenzia che “*the primary basis of one's 'offended state' then is this tension between attracting and repressing forces [...] When the precipitating experience is not mere nudity, but actual sexual activity, even of a 'normal' kind, it will create a kind of inner agitation at best, and at worst that experience of exposure to oneself of one's 'peculiarly sensitive, intimate, vulnerable aspects' which is called shame. [...] What may seem obscene to the observer is not simply that the offenders are there nude or tumescent in his eye, but that they stand (or lie) revealed to many other eyes. [...] The obscenity consists not in the object of observation but in the fact that many people are looking and 'collectively' experiencing their own inadmissible feelings*”.

A proposito di un più generale ripensamento dell'*offence principle*, la dottrina inglese ha recentemente analizzato il caso, fra gli altri, delle condotte esibizionistiche. Supponiamo, ad esempio, che Tizio sia tranquillamente seduto in un parco, ma non possa concentrarsi sul suo giornale perché Sempronio e Caia si intrattengono in un rumoroso rapporto sessuale lì davanti. Come è noto, uno dei punti cruciali riconosciuti dalla più recente dottrina inglese [il riferimento è a SIMESTER A.P. – VON HIRSCH A., *Crimes, Harms, and wrongs. On the Principles of Criminalisation*, cit., pp. 98 ss.] è costituito dal fatto che il potere normativo del principio della molestia sorge non tanto dal diritto di non subire l'affronto à la Feinberg, ma piuttosto nel diritto di ciascuno di essere trattati con considerazione e rispetto. Così se è indubbio che una condotta esibizionistica “*wrong*” le sue vittime,

Senza dubbio, la stessa dottrina anglo-americana, ricostruendo l'elemento della *wrongfulness* in termini di “*type of reverse-privacy violation*”, da un lato mostra come la *privacy* comporti l'esclusione di altri soggetti dal proprio dominio personale, dall'altro come sussista un interesse a non essere involontariamente incluso nel dominio personale di altri, specie per fatti commessi in un luogo pubblico. Il concetto di *privacy*, elaborato nell'ambito della *tort law*, comprende, pertanto, oggi tanto il diritto di “essere lasciati da soli”, quanto quello di “non vedere o sentire quello che gli altri dicono”.

Sicuramente, l'elemento della *wrongfulness* dipende per tali fatti dalle convenzioni sociali presenti in una società. Non è sufficiente che una condotta sia largamente disapprovata e infranga dei tabù tradizionali perché venga poi punita penalmente, poiché si nega che il diritto penale possa fungere da veicolo per l'introduzione secca di convenzioni sociali. Queste devono appunto essere mediate, piuttosto che andare a costituire direttamente il *wrong* che il diritto penale intende punire nelle *offensive actions*¹⁹⁹.

Ciò chiarito è opportuno procedere con qualche considerazione sulle prospettive *de iure condendo* della fattispecie di atti osceni.

Alla luce di quanto detto sulla parabola degli atti osceni, la depenalizzazione della fattispecie costituisce, a parere di chi scrive, una soluzione semplicistica al problema della riservatezza nella sfera del pudore sessuale.

Un legislatore che non sappia governare con costanza e razionalità²⁰⁰ la distinzione tra illecito punitivo amministrativo e illecito penale rischia di reprimere in maniera ancora più severa fenomeni che o non hanno le caratteristiche per rientrare nella categoria illecito amministrativo o che necessitano comunque delle garanzie proprie del diritto penale.

La tutela di un bene di carattere personale poco si addice alla categoria dell'illecito punitivo amministrativo e, di conseguenza, risulterebbe più razionale da un lato, escludere del tutto dall'area della punibilità determinate condotte non idonee

è anche vero che serve un bilanciamento in una società pluralistica. Bisognerà dunque verificare quale parte del conflitto possa essere tollerato e quale parte, invece debba essere proibita a livello penale.

¹⁹⁹ SIMESTER A.P. – VON HIRSCH A., *Crimes, Harms, and wrongs. On the Principles of Criminalisation*, cit., p. 101. Si vedano, in particolare, le pp. 103 ss. Sulla distinzione tra *offence* e *nuisance*, si vedano pp. 104 ss.

²⁰⁰ PALAZZO F.C., *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, cit., p. 287.

a raggiungere la soglia della rilevanza penale e, dall'altro, ricostruire una fattispecie di atti osceni incentrata sulla tutela della libertà personale.

Del resto, il legislatore non può esimersi da un intervento equilibrato anche su quelle fattispecie che comportino delicate valutazioni da un punto di vista della rilevanza culturale e sociale della condotta. Lo stesso Feinberg, citando il pensiero di un famoso giudice, evidenzia come “*it is much easier to recognize obscenity than to say what it is*”.

Ebbene una lettura del problema alla luce dell'*harm e offence principle* consente un'interpretazione che valorizzi il concetto di autonomia personale anche nel nostro ordinamento. Infatti, il principio del danno anglo-americano si caratterizza per avere un carattere più marcatamente interpersonale, dovendosi ricercare ai fini dell'integrazione della soglia della rilevanza penale, un danno *ad altri*, elemento questo che risulta non poco utile nel caso degli atti osceni.

Come, malgrado la recente opera di depenalizzazione, non vi sia stata da parte del legislatore, neanche stavolta, una vera e propria politica dei beni giuridici, risulta di palmare evidenza. Non sempre si è infatti in grado di capire la *ratio* delle fattispecie depenalizzate piuttosto che di quelle escluse da tale intervento. Il bene giuridico e l'impiego fattone da parte del legislatore risulta ancora una volta un concetto vago e indeterminato che può condurre a spostare l'attenzione sul concetto più “spesso” di danno ad altri.

Utilizzare in tali circostanze lo strumento dell'illecito punitivo amministrativo può risultare non poco problematico con il rischio appunto di una maggiore repressione, invece che una diminuzione della pressione sanzionatoria. Sul punto torneremo, ad ogni buon conto, nel corso dell'ultimo capitolo.

A noi pare, pertanto, che in una prospettiva *de iure condendo* la fattispecie di atti osceni dovrebbe avere ben altre caratteristiche.

Infatti, se il concetto di moralità pubblica non può trovare legittimazione nel nostro ordinamento pluralista, poiché non si può calare dall'alto una morale di Stato, l'incriminazione di condotte che offendano una morale, intesa come nuovo minimo etico comune, diffusa e condivisa – ma non collettiva – può essere ammissibile. Si noti, peraltro, che il buon costume risulta tutt'oggi un limite alla libertà di manifestazione del pensiero garantito dalla nostra Costituzione, documento questo

che costituisce il punto di partenza per verificare quale possa essere il nostro minimo condiviso. Il buon costume può essere dunque ricostruito come quel complesso delle abitudini relative alla civile convivenza nel campo della sessualità.

Nascondere che il diritto penale sia chiamato a regolare fenomeni che possano interessare beni giuridici di tale genere, e in particolare, nel nostro caso, la libertà individuale in ogni suo grado e forma, significa far procedere il ragionamento per dogmi, specie se si considera, come abbiamo chiarito poco sopra, che la struttura dell'illecito amministrativo non risulta essere funzionale alla tutela di un bene a carattere individuale.

Perciò, così ricostruiti, gli atti osceni sarebbero una fattispecie a completamento della libertà individuale, *sub specie* di libertà sessuale. In particolare, si tratterebbe di una fattispecie da inserire nel novero dei reati contro la persona, con carattere, ovviamente diverso dalla violenza sessuale, in quanto le due norme andrebbero comunque a tutelare beni giuridici diversi. Centrale infatti risulta la nozione di atti sessuali, da un lato, e di atti osceni – ora da ricostruire in termini di lesione alla riservatezza nella sfera sessuale del soggetto – dall'altro. Se così non fosse, si correrebbe l'ulteriore rischio di elevare illeciti minori o addirittura aventi elementi costitutivi diversi a reato di violenza sessuale.

Inoltre, la creazione di una nuova fattispecie in tal senso necessiterebbe di una più attenta definizione, e anzi una opportuna eliminazione del concetto di osceno, concetto questo impraticabile e vago. Più opportuno sarebbe privilegiare il concetto di lesione non tanto del pudore, ma, alla luce degli studi di *common law*, della sfera di autodeterminazione della persona, come “*libertà da*” intromissioni nella sfera privata del soggetto da tali molestie. Così ricostruito il delitto da reato di pericolo potrebbe assurgere a reato di danno.

Quanto all'elemento della pubblicità del luogo vale la pena svolgere ancora qualche riflessione. Se si accettasse l'idea consolidata che l'art. 527 c.p. configuri una fattispecie di pericolo che prescinde dalla effettiva visibilità degli atti, il delitto andrebbe a punire non tanto un fatto socialmente dannoso ma la violazione di un tabù morale²⁰¹. Ecco che risulta necessaria l'integrazione della concreta visibilità da un

²⁰¹ MAZZANTI E., *La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenze di riforma*, cit., par. 5.

lato, e la sussistenza dell'effettiva percezione della condotta dall'altro. Tali elementi non devono solo venire in effettiva esistenza, ma devono essere voluti dall'agente e, pertanto, devono rientrare nel fuoco del dolo. L'accertamento giudiziale non può, pertanto, appiattirsi sull'elemento oggettivo della fattispecie, ma deve verificare che il soggetto abbia voluto evitare le precauzioni del caso, commettendo la condotta in un luogo pubblico, e così via enumerando.

Così ricostruita, la fattispecie andrebbe a tutelare non più la moralità pubblica e il buon costume come tali, ma la *riservatezza* della sfera sessuale in chiave di danno.

E' evidente, infatti che se spostiamo l'attenzione sulla riservatezza, il diritto penale guarderà alla persona offesa come ad un soggetto unico, *concreto*, sessualmente libero e perciò legittimato a *non* accettare la visione di gesti erotici indesiderati. Se, al contrario, ci ostiniamo a concentrarci sul buon costume, il diritto penale non potrà che trattare la persona offesa alla stregua del parametro dell'"uomo normale", parametro questo, proprio del "comune sentimento del pudore". L'oscenità (e, quindi, la punibilità) dipenderebbe pertanto da un turbamento, un disagio o, un senso di repulsione che il soggetto coinvolto potrebbe personalmente non avvertire affatto²⁰².

Una ricostruzione siffatta, unita al concetto di danno ad altri, ci pare che possa meglio individuare la sfera di offensività della fattispecie in parola. Si badi bene che queste considerazioni valgono sia che la fattispecie afferisca all'area della rilevanza penale, sia che afferisca al campo dell'illecito amministrativo. In primo luogo, infatti, nonostante la recente depenalizzazione, l'ipotesi di cui al 2° comma rimane penalmente rilevante, in secondo luogo, il concetto di osceno così come tradizionalmente configurato non può trovare alcun tipo di cittadinanza e, dunque, applicazione, nell'ambito del nostro ordinamento.

Il parametro per valutare la lesione, è appunto il danno subito dalla persona. Non si tratta però di un danno psicologico o di alterazione delle condizioni di vita. Le ipotesi diverse da quelle che provocano un danno in questo senso devono essere, con una presa di coraggio da parte del legislatore, escluse dall'area della rilevanza penale.

²⁰² IBID., par. 5.

A completamento di tale ricostruzione sta la punibilità a querela della persona offesa.

Una riflessione finale si rende, però, necessaria. Quanto al rischio di sopravvalutare il diritto a non essere investito, senza consenso previo della visione di atti o immagini a contenuto erotico, giocano, a parere di chi scrive, due elementi: sul piano del soggetto attivo, un rigoroso accertamento del dolo e dell'assenza di predisposizione di precauzioni; sul piano del soggetto passivo, invece, la verifica di una effettiva lesione del bene della riservatezza, essendo tale bene – se si vuole comunque utilizzare la teorica del bene giuridico, quantomeno in chiave descrittiva – affatto evanescente, ed essendo tutelato nella sistematica del codice a più riprese.

Così i criteri di bilanciamento utilizzati da Feinberg, le c.d. massime di mediazione dell'*offence principle*, possono risultare quanto mai utili ai nostri fini. Si tratta, in primo luogo, dell'intensità e della durata della ripugnanza prodotta; in secondo luogo, della possibilità, per il soggetto consenziente di evitare la condotta offensiva; e, infine, dell'applicazione della massima *volenti non fit iniuria*. Questa verifica risulta necessaria in quanto in tale materia le modalità di estrinsecazione della condotta possono manifestarsi nel caso concreto in maniera molto diversa tra di loro.

Ferma rimane la tutela dei soggetti minori. Sul punto è opportuna però una precisazione. Recentemente la tutela del minore è stata spesso ricostruita in termini formali più che incentrata sulla tutela del suo regolare sviluppo. Lo stesso concetto, presente nell'attuale fattispecie di atti osceni, di luoghi “abitualmente frequentati da minori” oltre ad essere quanto mai vago e indeterminato, è in grado di aprire le porte a un'imperante discrezionalità giudiziale. Come definire un luogo che abitualmente è frequentato da minori? Si tratta di un parco, di un cinema, di una libreria? E' ovvio che se l'ordinamento deve necessariamente farsi carico della tutela di tali soggetti in ragione della loro particolare vulnerabilità, esso deve, allo stesso tempo, ricostruire la fattispecie in modo tale che l'aggravamento della sanzione sia controbilanciato da un'effettiva prevedibilità della lesione da parte dell'agente, onde evitare un'imputazione delle circostanze meramente oggettiva.

Ciò chiarito, la fattispecie di atti osceni potrebbe non aver esalato il suo ultimo respiro. Il legislatore dovrebbe tenere in considerazione la mutata coscienza

sociale attorno ai fenomeni erotici, separando diritto e morale da un lato, senza incorrere in vuoti di tutela dall'altro.

La ricostruzione del concetto di autonomia individuale *à la* Feinberg come sfera di dominio territoriale su se stessi e sullo spazio circostante può risultare di ausilio al legislatore. La stessa Corte suprema degli Stati Uniti riconosce una molteplicità di diritti afferenti al concetto di *privacy*. Infatti, questa “territorialità” può essere violata tutte le volte in cui suoni, forme ed elementi vari interferiscono con questo territorio, senza il previo consenso del soggetto. Il bilanciamento tra la ragionevolezza della condotta offensiva e la serietà dell'offesa causata, che può essere attuato attraverso le massime di mediazione, è idoneo a comportare la creazione di più netti confini tra il dominio pubblico e privato dei soggetti coinvolti²⁰³.

Inserita nel novero dei reati contro la persona la nuova fattispecie a tutela di intromissioni altrui nella sfera della propria riservatezza in campo sessuale dovrebbe essere inserita in un diverso contesto all'interno del codice.

I reati sessuali, come è noto, hanno conosciuto un turbolento dibattito quanto alla loro collocazione (e definizione). Infatti, al cambio delle etichette apportato con la legge n. 66 del 1996, la quale ha riformato il titolo IX inserendo la nuova categoria dei “*delitti contro la libertà e intangibilità sessuale*” all'interno dei reati contro la persona, avrebbe dovuto seguire la collocazione di tali fattispecie, a codice invariato, nei “*delitti contro la libertà morale*”. E' noto, infatti, che coerente sarebbe stata, ma il punto non può qui essere approfondito, la creazione di due autonome e distinte categorie dei “*delitti contro la libertà sessuale*” dei maggiorenni e dei “*delitti contro l'intangibilità sessuale*” dei minorenni²⁰⁴. La libertà sessuale risulta, infatti, in realtà, una *species* della fattispecie di violenza privata.

Ebbene, in attesa di una specifica protezione della libertà sessuale all'interno di un apposito capo che tuteli i delitti contro la libertà sessuale come “libertà di”, la riformata fattispecie di atti osceni, andrebbe anch'essa collocata all'interno del novero dei “*delitti contro la libertà morale*”.

²⁰³ FEINBERG J., *Offence to others*, cit., p. 24.

²⁰⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, CEDAM, Padova, 2016. Si vedano le pp. 369 ss. nell'edizione del 2013.

Come è noto, sotto l'oggettività giuridica della "libertà morale" il codice raggruppa una serie di reati che tutelano quel particolare aspetto della libertà individuale costituito dalla c.d. libertà psichica, da intendersi in senso lato come "*libertà della propria sfera psichica da interferenze esterne nei suoi specifici aspetti*"²⁰⁵. Tale libertà va dalla capacità di intendere e di volere (es. art. 613 c.p.) alla libertà di autodeterminazione secondo motivi propri e delle corrispondenti condotte, cioè di formare autonomamente la propria volontà e di agire secondo le determinazioni assunte (es. artt. 610 e 611 c.p.) e, infine, la tranquillità psichica, contro turbative generatrici di timore (si pensi all'art. 612 c.p.).

La rinnovata fattispecie di atti osceni andrebbe dunque collocata sotto tale oggettività giuridica per una serie di ragioni. In primo luogo, per evitare di incorrere nello stesso errore della riforma del 1996 in materia di reati sessuali, valorizzando dunque la libertà sessuale come "libertà di", nonché valorizzando la centralità del consenso. In secondo luogo, per tutelare quel particolare aspetto della libertà individuale costituito appunto dalla libertà della sfera psichica, sotto il profilo della riservatezza in campo sessuale. In terzo luogo, l'assimilazione degli atti osceni alle fattispecie di violenza privata, minaccia e così via enumerando, si giustifica con la valorizzazione del carattere personocentrico della nostra Costituzione, la quale tutela la libertà morale in via autonoma, diretta e integrale *ex art. 13*, dato che essa è libertà-presupposto di tutte le altre libertà esterne di agire in quanto queste possono essere aggredite attraverso la lesione della libertà morale²⁰⁶.

Così, la fattispecie di intromissioni di altri nella propria sfera della riservatezza in campo sessuale andrebbe a tutelare, conformemente alla violenza privata, da quelle condotte di violenza o minaccia tese a costringere taluno, in senso lato, a *tollerare* una determinata condotta.

Il punto, infatti, è che in tali casi il soggetto si trova costretto a *sopportare* immagini e atti ai quali non vuole partecipare. Tale ragionamento trova maggior fondamento nella nostra moderna società nella quale il soggetto si imbatte, ad esempio navigando in rete, in immagini a contenuto sessuale rispetto alle quali il soggetto non ha alcuna intenzione di "partecipare". Fuori da ogni considerazione

²⁰⁵ *IBID.*, pp. 325 ss.

²⁰⁶ La libertà di cui all'art. 13 Cost., infatti, non può limitarsi alla sola libertà fisica. Per approfondimenti si veda *IBID.*, pp. 327 ss.

moralistica – intesa nel senso di *legal moralism* – siamo, infatti, letteralmente invasi da tali immagini che creano, ma il punto non può qui essere approfondito, una certa visione della gestione della sfera privata dell'individuo in campo sessuale. Questa circostanza domanda invece, a parere di chi scrive, un più accurato ripensamento del concetto di *privacy* come *diritto ad essere lasciati stare*. Peraltro, su una eventuale sopravvalutazione del diritto a non essere investito da immagini a contenuto erotico abbiamo già detto. Completamente diverso sarebbe il discorso se il soggetto consentisse alla visione di tali immagini (o atti). Condivisibile risulta, infatti, la c.d. giurisprudenza sul consenso che abbiamo visto a proposito degli spettacoli di *lap-dance* e simili.

Ciò precisato possiamo tentare di dare una nuova definizione della vecchia fattispecie di atti osceni, valorizzando gli elementi che si sono indicati:

“Chiunque, in un luogo pubblico, aperto o esposto al pubblico, costringe altri a tollerare atti lesivi della propria sfera di autodeterminazione in campo sessuale è punito...

La lesione alla sfera di autodeterminazione in campo sessuale avviene qualora il soggetto passivo percepisca la commissione di atti o l'emissione di suoni o la visione di immagini a contenuto oggettivamente sessuale, senza avervi consentito e con un'intensità tale da rendere non altrimenti evitabile la percezione degli stessi.

Il soggetto agente non è punibile qualora dimostri che aveva predisposto idonee precauzioni per evitare la lesione alla sfera di autodeterminazione sessuale del soggetto passivo, la quale risulta aggredita per cause indipendenti dalla sua volontà”.

La condotta lesiva della sfera di riservatezza sessuale andrebbe poi distinta da quella afferente, in senso lato, all'intangibilità sessuale del soggetto minorenni, il quale non deve precocemente assistere a tali atti. Fondare la tutela del minore, come accade oggi, sul “luogo abitualmente frequentato” dallo stesso non può costituire il discrimine che segna la tutela penale. Infatti, da un lato, come abbiamo visto, risulta quanto mai complessa la definizione di “*luogo abitualmente frequentato dal minore*” e, dall'altro, la tutela deve farsi rafforzata una volta che la condotta sia dolosamente rivolta a far tollerare tali atti al soggetto minorenni.

Ad ogni buon conto, è opportuno specificare un passaggio finale. La strutturazione della fattispecie in tali termini, pone il dubbio se la condotta colposa

non possa essere punita dalla nuova fattispecie, malgrado la sua pregressa depenalizzazione nell'ambito della tutela degli atti osceni.

La condotta colposa, riteniamo, dovrebbe essere nuovamente esclusa dal raggio di applicazione della tutela penale. Infatti, il soggetto attivo deve commettere la condotta con una coscienza e volontà tale da evitare le precauzioni del caso, al più accettando il rischio della visione dell'atto da parte di altri, con lesione della sua *privacy*.

Può risultare singolare la tutela della *privacy* di un soggetto, quello passivo, laddove a commettere un atto particolarmente privato è un altro soggetto, il quale apparentemente non tiene a tutelare la sua riservatezza nel campo sessuale. Orbene, tale circostanza è possibile se utilizziamo il concetto di *personal sovereignty* elaborato da J. Feinberg nei termini di una tutela "territoriale" della libertà dell'individuo. Quanto al soggetto attivo, a ben vedere, non sussiste un problema di *privacy* dato che egli commette volontariamente un atto in assenza di dovute precauzioni.

Così ricostruita la nuova fattispecie, essa andrebbe a tutelare la sfera di libertà della persona valorizzando la *libertà da intromissioni sgradite nella sfera sessuale*, qualora, appunto, la condotta provochi, per dirla con Feinberg, una ripugnanza di intensità e durata considerevoli, tali da non ammettere una *sopportazione* dell'atto altrui, non altrimenti evitabile. In questo senso, il parametro di incriminazione, ancora una volta, sarebbe il danno (o meglio l'*offence*) ad altri che provoca disagio e repulsione.

CAPITOLO IV

OMOFOBIA: IL DIBATTITO ITALIANO TRA ESIGENZE DI TUTELA E LIBERA MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO. PER UNA RICOSTRUZIONE DEL FENOMENO ALLA LUCE DEL METODO COMPARATISTICO.

SOMMARIO: 1. *Hate crimes*: un'introduzione sulle possibilità e sui limiti dell'intervento penale sul tema dell'omofobia, alla luce del dibattito di *common law* su *harm* e *offence principle*. – 2. Diritto penale e omofobia. – 2.1. Definizione e caratteristiche dei crimini d'odio. La vicenda dell'omofobia. – 2.2. Le recenti prese di posizione del legislatore italiano: fattispecie autonoma o aggravata? Il dibattito legislativo e dottrinario in tema di criminalizzazione dell'omofobia. – 2.2.1. Il dibattito legislativo intorno alla possibilità di introdurre una fattispecie a tutela dell'odio omofobico. – 2.2.2. La reazione della dottrina in merito al dibattito sull'introduzione di una fattispecie autonoma o circostanziata di omofobia. – 2.3. Possibilità e limiti d'intervento tra esigenze di tutela reali e supposte alla luce del principio di libera manifestazione del pensiero. – 2.3.1. La compatibilità costituzionale di una norma incriminatrice dell'omofobia. Come sfatare un equivoco di fondo: il bilanciamento tra diritti e libertà del singolo e l'incriminazione di nuove forme di aggressione discriminatoria. – 3. Prospettive *de iure condendo* alla luce del dibattito sull'*harm* e sull'*offence*.

1. Hate crimes: un'introduzione sulle possibilità e sui limiti dell'intervento penale sul tema dell'omofobia, alla luce del dibattito di common law su harm e offence principle.

Il rapporto tra diritto penale e omofobia rappresenta uno dei temi classici in merito alla ricerca dei confini tra diritto e morale.

Recentemente, il tema ha costituito per il giurista un rinnovato stimolo per riflettere sui temi della laicità dello Stato e della secolarizzazione del diritto penale. L'odioso fenomeno dell'omofobia interessa però, e *a priori*, ogni cittadino che “*si proponga di verificare a quale stadio si trovi la nostra società nel cammino ideale verso la luce della ragione; per chiunque aspiri a vivere in una società davvero*

*libera e pluralista, nella quale la diversità rappresenti un valore, e non qualcosa da nascondere o al più da tollerare [...]*¹.

Ebbene, il fenomeno dell'omofobia, si colloca nel più ampio settore degli *hate crimes* o crimini d'odio, i quali comprendono al loro intero gli *hate speech*, e vengono definiti dall'OCSE come quei crimini che sono commessi nei confronti di determinati soggetti a cagione della loro appartenenza ad un particolare gruppo sociale, identificato sulla base della razza, dell'etnia, della religione, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. Pertanto, la discriminazione diviene la ragione prima del crimine².

Il più antico degli approcci è stato quello della repressione dell'omosessualità, per arrivare negli anni più recenti a una graduale repressione dell'opposto fenomeno dell'omofobia. I vari ordinamenti hanno reagito in maniera molto diversa al problema, con questioni in merito al rapporto tra esigenze di tutela e libertà di manifestazione del pensiero. Ci si interroga, infatti, sull'opportunità e sulla ragionevolezza dell'utilizzo dello strumento penalistico per contrastare condotte che denotano crimini d'odio. Si tratta, infatti, di effettuare, da parte del legislatore, un complesso contemperamento tra beni giuridici di segno diverso, il principio di determinatezza e il principio di tassatività.

Di nuovo, il tema può risultare di grande interesse specie se letto alla luce degli studi di *common law* in merito all'*harm e offence principle*. La prospettiva, che abbiamo definito interpersonale, del principio del danno e della molestia ad altri può aiutare l'interprete nella ricostruzione di soluzioni alternative, specie se motivate nell'ambito della teorica del bene giuridico.

L'abbandono del bene giuridico in chiave meta-sistemica e critica consente di spostare il punto di osservazione sulla sussistenza di un danno ad un *altro* soggetto. Ricordiamo che l'impiego, seppure in maniera appunto sinergica, del principio del danno non comporta *tout court* un ampliamento o, al contrario, un restringimento

¹ DOLCINI E., *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori, 2011*, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica n. 18/2012, p. 1.

² GOISIS L., *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/d/1870-omofobia-e-diritto-penale-profil-comparatistici>, 2012, p. 2.

della tutela penale: andranno, infatti, utilizzate le massime di mediazione che mettano in comparazione gli interessi in gioco.

E' interessante notare, in termini generali, come nel diritto inglese, i crimini d'odio comportino la causazione di un vero e proprio danno (si pensi ai reati di *assault* o *criminal damage*) e l'elemento dell'odio vada a costituire una circostanza aggravante la quale non contribuisce alla giustificazione dell'incriminazione, ma al contrario fa del reato già venuto ad esistenza, una fattispecie più grave³³. L'*harm* e l'*offence principle*, nell'ottica di *common law*, diventano un elemento di valutazione di significativo interesse nel momento in cui si voglia ricostruire un'*autonoma* fattispecie incriminatrice. La prospettiva dell'*harm* e *offence principle* andrebbe così bilanciata con il diritto alla libera manifestazione del pensiero (*free speech*).

Quello che a noi interessa nel presente capitolo, è verificare se vi siano margini per l'introduzione nel nostro Paese di una fattispecie che punisca l'omofobia e se tale reato debba essere bilanciato con la libera manifestazione del pensiero, il tutto alla luce delle considerazioni fatte in tema di danno e molestia.

Pertanto, parlando di diritto penale e omofobia, analizzeremo brevemente, la definizione e le caratteristiche dei crimini d'odio e, in particolare, la vicenda dell'omofobia; in secondo luogo, vedremo quali siano state le più recenti prese di posizione del legislatore italiano sul punto verificando la problematica compatibilità di norme di tal genere con la libertà di manifestazione del pensiero; infine, proporrò una prospettiva *de iure condendo* di ricostruzione del fenomeno alla luce di *harm* e *offence principle*.

³³ In termini di maggiore dettaglio, è possibile notare come nel Regno Unito non sia prevista una specifica ed esplicita definizione di omofobia. Essa assume rilevanza penale nel quadro più generale della repressione dei reati connotati dall'odio razziale o religioso verso le vittime. Il *Criminal Justice Act* 2003 ha introdotto alcune aggravanti per i suddetti reati. Più recentemente, poi, il *Criminal Justice and Immigration Act* (CJIA) 2008 ha modificato in parte il *Public Order Act* 1986 “rendendo penalmente sanzionabili in Inghilterra e Galles l'utilizzo di ‘parole o comportamenti minacciosi’ o ‘la diffusione di materiale scritto idoneo a costituire una minaccia, ad offendere o insultare una persona in modo da causare molestie, ansia o disagio’ se esso è destinato a ‘fomentare all’odio sulla base dell’orientamento sessuale’”. L'odio per motivi di orientamento sessuale è definito nella nuova sezione 29AB della legge del 1986 ed è espressamente limitato a persone lesbiche, gay, bisessuali ma esclude le persone transessuali. Si veda sul punto PESCE F., *Omofobia e Diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/d/3782-omofobia-e-diritto-penale-al-confine-tra-liberta-di-espressione-e-tutela-dei-soggetti-vulnerabili>, 2015, p. 16. Quanto poi all'ordinamento scozzese, il *Sentencing of Offences Aggravated by Prejudice (Scotland) Bill* prevede l'aggravamento di pena per i reati che siano commessi con una motivazione discriminatoria relativa alla disabilità, all'orientamento sessuale o all'identità sessuale. Si veda op. cit., p. 17.

2. Diritto penale e omofobia.

2.1. Definizione e caratteristiche dei crimini d'odio. La vicenda dell'omofobia.

A) Tradizionalmente, il crimine d'odio è, per antonomasia, il crimine d'odio razziale. Oggi a contendere il campo sta appunto il tema dell'omofobia.

Il crimine d'odio mostra la conformazione di una società che accoglie un diffuso e preoccupante approccio culturale nei confronti della diversità. Il concetto di discriminazione, infatti, in termini generali indica una disparità di trattamento rispetto ai principi di eguaglianza, commessa nei confronti di persone specificamente individuate che “vedono ridurre le proprie possibilità di partecipazione sociale, culturale, economica politica a causa di alcune caratteristiche personali come l'età, l'identità di genere, l'appartenenza a un'etnia, il credo religioso, l'orientamento sessuale”⁴.

Il termine crimine d'odio (*hate crime*) è stato utilizzato per la prima volta dall'OCSE per indicare i crimini basati sul pregiudizio, la discriminazione e l'odio generati dalla razza, l'origine etnica, l'orientamento sessuale, la religione, la condizione sociale, l'appartenenza politica.

I discorsi d'odio (*hate speeches*), invece, fanno riferimento ai discorsi o alle manifestazioni di pensiero che esprimono odio e mirano a screditare una persona o un gruppo di persone sulla base di alcune caratteristiche, o a istigare all'odio nei loro confronti⁵.

Questo atteggiamento odioso si traduce in discriminazioni dirette o indirette. Le prime comportano il trattamento ingiustificatamente differenziato in senso peggiorativo di una persona, per delle sue proprie caratteristiche (come l'orientamento sessuale o l'identità di genere), rispetto a come sarebbe stata trattata un'altra persona in una situazione analoga. Le discriminazioni indirette, invece, si sostanziano in prassi o regole che possono risultare apparentemente neutre, ma che in

⁴ PESCE F., *Omofobia e Diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili*, cit., p. 3.

⁵ IBID., p. 5.

realtà mettono in una posizione di particolare svantaggio le persone che appartengono a un determinato gruppo⁶.

L'elemento che caratterizza tali reati è, pertanto, la *particolare connotazione della persona offesa* che viene colpita *in quanto tale* per il suo orientamento sessuale, la sua razza e così via. Tali elementi non sono dunque neutrali rispetto al reato e, al contrario, costituiscono il suo fondamento. Il movente pertanto non è neutrale, poiché l'autore si trova in una peculiare situazione di "*disprezzo, odio o sentimento di superiorità nei riguardi della vittima*"⁷.

Le dinamiche dell'odio sono di particolare interesse per il penalista specie se si considera che il dibattito italiano sulla opportunità o meno di criminalizzare in modo specifico una "*condotta d'odio*" risulta oggi molto acceso. Questo, se è senza dubbio idoneo a prendere ad oggetto condotte aggressive, violente o offensive riconducibili a fattispecie penali classiche, quali percosse, lesioni, ingiuria, diffamazione, violenza privata, violenza sessuale, minaccia, *stalking*, danneggiamento, omicidio, violazione di domicilio, estorsione e così via enumerando⁸, richiede un'attenta analisi volta a ricercare un equilibrio tra l'impedire indebite compressioni della libertà di manifestazione del pensiero, tutelato all'art. 21 Cost., e la tutela di soggetti particolarmente vulnerabili.

B) Gioverà adesso ricostruire la vicenda dell'omofobia così come si è sviluppata nelle sue origini, per verificare all'interno del prossimo paragrafo, le più recenti prese di posizione del legislatore italiano.

Le radici storico-culturali dell'omofobia, intesa come "*sentimento irrazionale di avversione nei confronti dell'omosessualità*" sono, purtroppo, "*profonde e ataviche*" e affondano nell'assimilazione della stessa con il peccato, il reato e la malattia⁹.

⁶ IBID., p. 3.

⁷ IBID., p. 4.

⁸ IBID., p. 5.

⁹ RICCARDI G., *Omofobia e Legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/d/2515-omofobia-e-legge-penale>, 2013, p. 1. Interessante è notare che il superamento dell'omosessualità come normale espressione della sessualità dell'individuo, propria delle civiltà antiche come quella greca, romana e egizia, si realizza con l'avvento del Cristianesimo e, in particolare, con il suo riconoscimento come religione dell'Impero romano nel IV secolo d.C. I comportamenti omosessuali vennero così giudicati contro natura in virtù di un'esegesi ortodossa di alcuni passi del Vecchio e Nuovo Testamento, si veda sul punto op. cit. pp. 1 ss.

L'istituzionalizzazione, infatti, del Cristianesimo quale religione di Stato trasforma l'omosessualità da semplice "peccato" a vero e proprio "delitto". L'evoluzione della dottrina cristiana, seppur caratterizzata da qualche variegata opinione, ritiene tale comportamento essere "disordinato", o comunque, "bisogno di cura". L'"innaturalità" del rapporto omosessuale risiede, secondo tale dubbia impostazione, nei criteri di spiritualità ebraica profondamente legati alla procreazione quale benedizione data da Dio per abitare il mondo e la terra promessa¹⁰. Ebbene, l'influenza culturale del Cristianesimo si è spinta fino a plasmare i codici penali che, solo con la Rivoluzione francese, vengono epurati dall'assimilazione tra omosessualità e reato, per mancanza appunto di dannosità sociale¹¹.

Si noti che in Paesi quali l'Inghilterra e gli Stati Uniti, fortemente influenzati dal protestantismo, la rilevanza penale dell'omosessualità è rimasta integra fino ad epoche recenti. In Germania è rimasta in vigore fino al 1969, in Gran Bretagna fino al 1981 – dopo il celebre caso *Dudgeon* di fronte alla CEDU – e negli Stati Uniti addirittura nel 2003 dopo il noto caso *Lawrence*.

In Italia, al contrario, la criminalizzazione dell'omosessualità è stata marginale, seppur caratterizzata da elementi di ipocrisia. La criminalizzazione è stata, infatti, formalmente relegata alla vigenza dei codici preunitari e abbandonata già con il codice Zanardelli¹².

Il codice Zanardelli del 1889 non fece, infatti, menzione del reato in parola. In particolare, *"i comportamenti omosessuali – quando non siano connotati da violenza o da pubblico scandalo – devono essere abbandonati 'come peccati alla sanzione della religione e della privata coscienza'"*¹³. A ben vedere, più che in spirito autenticamente *liberal*, la mancata previsione di tale forma di reati si

¹⁰ IBID., p. 2.

¹¹ IBID., p. 3.

¹² In particolare, nella legislazione preunitaria, esisteva un reato di "atti di libidine contro natura" nel codice sardo-piemontese del 1859, oltre a quello del Regno lombardo-veneto. Tali eccezioni divennero la regola quando, nel 1861, il codice sardo-piemontese venne esteso alla quasi totalità dei territori italiani. Solo in Toscana rimase in vigore il codice del 1853 e nell'ex Regno delle due Sicilie il codice sardo-piemontese venne adottato con alcune modifiche, tra cui l'abrogazione di tale reato, DOLCINI E., *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, 2011, cit., p. 5.

¹³ IBID., p. 5. Così si leggeva nella relazione al codice Zanardelli.

collegava al fatto che *“riesce più utile l’ignoranza del vizio che non sia per giovare al pubblico esempio la cognizione delle pene che lo reprimono”*¹⁴.

Del resto, questa linea di pensiero venne ribadita anche nel codice Rocco – diversamente da quanto fatto dal codice della Germania nazista. Il reato di relazioni omosessuali, punito solo in presenza di pubblico scandalo, era presente nel Progetto del 1927, ma era stato successivamente abbandonato poiché *“il turpe vizio [...] non è così diffuso in Italia da richiedere l’intervento della legge penale”*.

Tale scelta era stata contestata da autorevoli esponenti del fascismo dato che, con parole preoccupanti e parlando di una dubbia accezione di morale minima, *“non è mai da temersi un’invasione del diritto nel campo riservato all’etica..., quando si incriminano fatti condannati dalla morale minima, bensì quando si vogliano reprimere fatti ripugnanti soltanto dalla morale superiore”*, anche perché il “vizio” di cui si tratta avrebbe danneggiato anche la “stirpe”¹⁵.

Del resto, le persone omosessuali in epoca fascista sono state vittime di discriminazioni e violenze¹⁶ – si pensi al confino, misura di prevenzione prevista nel TULPS del 1931 – a poco rilevando che nella Germania nazista l’entità dei casi di persone omosessuali nei campi di concentramento fosse di molto maggiore. Ogni caso, specie se mascherato da ipocrisia e arbitrio, costituisce fatto estremamente grave e segno della cultura dell’epoca – e purtroppo talvolta anche della nostra.

Con l’entrata in vigore della Costituzione, la situazione è non poco mutata, giungendo fino al riconoscimento della protezione internazionale in favore di stranieri perseguitati nel proprio Paese di origine a causa della loro omosessualità¹⁷.

¹⁴ Così nella relazione al codice Zanardelli la quale citava il Carmignani. Si veda sul punto DOLCINI E., *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L’abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, 2011, cit., p. 5.

¹⁵ In IBID., p. 6 si cita Manzini V., *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, vol. VII, UTET, Torino, 1936, p. 251 ss.

¹⁶ DOLCINI E., *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L’abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, 2011, cit., p. 7.

¹⁷ RICCARDI G., *Omofobia e Legge penale. Possibilità e limiti dell’intervento penale*, cit., p. 4. L’Autore cita l’interessante sentenza della Cass. civ., sez. VI, 10 maggio 2012, n. 11586 annotata da WINKLER M., *La IV sezione civile della Cassazione torna sul tema della protezione internazionale per orientamento sessuale*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/d/1657-la-vi-sezione-civile-della-cassazione-torna-sul-tema-della-protezione-internazionale-per-orientamen>, 2012. La sentenza riconosce la protezione internazionale ex art. 19 T.U. immigrazione, analizzando anche i problematici profili della valutazione probatoria della condizione di omosessualità, e della credibilità del richiedente asilo, *“dimensione nella quale possono annidarsi le più sottili distorsioni omofobe, per la potenziale compressione al rispetto della vita privata”*, si veda RICCARDI G., op. cit., p. 5.

Quanto poi al passaggio da peccato a disordine, nel XIX sec., l'omosessualità iniziò a essere vista anche come una patologia da curare e perciò venne inserita nei disturbi sociopatici di personalità¹⁸.

Del resto, *“lungi dall'integrare l'emersione di una nuova esigenza di tutela, le manifestazioni di omofobia rappresentano una costante tra i Paesi occidentali (Italia compresa), ed è soltanto la maggiore sensibilità emersa negli ultimi decenni, grazie soprattutto ai movimenti culturali LGBT, ad aver calamitato l'attenzione sui talvolta gravi episodi di aggressione, fisica e verbale e sulle forme di discriminazione”*¹⁹ nei confronti di tali soggetti. La conseguenza è stata l'avvio di un dibattito sulle possibili forme di tutela di tali gruppi e sul riconoscimento dei diritti civili.

Tale processo ha indotto il Parlamento europeo ad approvare tre risoluzioni per la lotta all'omofobia. Il dibattito relativo all'introduzione o meno del reato di omofobia, come vedremo, prende in considerazione appunto tale definizione, verificandone la compatibilità con altri diritti di rilevanza costituzionale.

Numerosi sono purtroppo gli ordinamenti che tutt'oggi prevedono sanzioni gravi nei confronti delle persone omosessuali. Si consideri che, per quello di cui si ha notizia, l'Afghanistan, l'Arabia Saudita, gli Emirati Arabi Uniti, l'Iran, la Nigeria, la Mauritania, il Pakistan, il Sudan e lo Yemen prevedono la pena di morte, mentre il Libano, la Siria e i territori palestinesi prevedono pene detentive²⁰. Inoltre, quando nel 2008 l'Unione europea ha chiesto all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite di pronunciarsi contro la repressione dell'omosessualità, è stata decisiva la posizione della Santa Sede secondo la quale *“gli Stati che non riconoscono l'unione tra persone dello stesso sesso come ‘matrimonio’ sarebbero [...] ‘messi alla gogna’*”. Pertanto, come si è acutamente notato²¹, *“no alla decriminalizzazione dei comportamenti omosessuali nella sfera privata, per evitare ogni indiretto sostegno a chi auspica qualche forma di riconoscimento delle coppie gay o lesbiche!”*.

¹⁸ Si veda *funditus* RICCARDI G., *Omofobia e Legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, cit., p. 5.

¹⁹ *IBID.*, p. 6.

²⁰ DOLCINI E., *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori, 2011*, cit., p. 7.

²¹ *IBID.*, p. 7.

C) Volendo, invece, dare un rapido sguardo alla situazione europea, è opportuno distinguere il profilo attinente al piano dell'Unione europea, da quello relativo alle legislazioni degli Stati membri.

(C1) Sotto il primo profilo, l'Unione Europea, all'art. 2 TUE definisce il rispetto della dignità umana, dell'uguaglianza e la tutela dei diritti umani quali fondamentali valori che reggono l'Unione. La Carta di Nizza, all'art. 21, sancisce il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulle tendenze sessuali. Il Trattato sul funzionamento, infine, all'art. 10, sancisce che l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. Inoltre, all'art. 19 il TFUE prevede che *“il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale”*.

Nell'ambito dello spazio di libertà sicurezza e giustizia, la lotta all'omofobia risulta essere uno degli obiettivi primari del programma del Consiglio europeo del 2009 per gli anni 2010-2014. Il Parlamento europeo ha così approvato, come abbiamo visto, varie risoluzioni che mirano a coinvolgere nella lotta contro di essa le attività degli Stati membri e della Commissione europea²².

La definizione generalmente accolta di omofobia è quella della Risoluzione del Parlamento europeo del 18 gennaio 2006²³ che ha affermato che la condotta omofoba *“si manifesta nella sfera pubblica e privata sotto forme diverse, quali*

²² PESCE F., *Omofobia e Diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili*, cit., p. 9. Si pensi alla risoluzione del 24 maggio 2012, la quale esorta gli Stati e la Commissione a condannare i discorsi d'odio omofobi o l'incitamento all'odio e alla violenza ed assicurare la libertà di manifestazione del pensiero o, ancora, la risoluzione del 12 dicembre 2012. Nel luglio del 2011 l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali ha pubblicato lo studio *Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States*. L'aspetto di maggiore interesse di tale studio è costituito dal fatto di aver affermato che sarebbe necessaria una *“direttiva orizzontale al fine di garantire l'equa tutela dalle discriminazioni di qualunque natura, comprese quelle basate sull'orientamento sessuale e un livello di tutela contro gli episodi di omofobia e transfobia che sia pari a quello garantito nel caso di incitamento all'odio e reati ispirati dal razzismo o dalla xenofobia, nonché garantire l'adeguata applicazione della tutela giuridica per le persone transgender già esistente e disposta dal diritto dell'Unione europea”*. Si veda sul punto l'Autrice citata, p. 10.

²³ Reperibile in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0018+0+DOC+XML+V0//IT>.

discorsi intrisi di odio e istigazioni alla discriminazione, dileggio, violenza verbale, psicologica e fisica, persecuzioni e omicidio, discriminazioni in violazione del principio di uguaglianza, limitazioni arbitrarie e irragionevoli dei diritti spesso giustificate con motivi di ordine pubblico, libertà religiosa e diritto all'obiezione di coscienza". Si tratta dunque di "una paura e un'avversione irrazionale nei confronti dell'omosessuali e di gay, lesbiche, bisessuali e transessuali (GLBT), basata sul pregiudizio e analoga al razzismo, alla xenofobia, all'antisemitismo e al sessismo".

(C2) Sotto il secondo profilo, è possibile affermare che quasi tutti gli Stati prevedono strumenti legislativi di carattere penale finalizzati al contrasto dell'omofobia.

Le strade che vengono attualmente seguite sono fondamentalmente due.

La prima comporta l'introduzione di norme antidiscriminatorie generali che contemplino al loro interno in modo esplicito o implicito anche la discriminazione per l'orientamento sessuale.

La seconda strada intende sanzionare in modo specifico azioni e comportamenti esplicitamente omofobici, ossia quegli atti violenti o di incitamento, anche solo verbale, all'odio nei confronti della comunità omosessuale. Come vedremo, attualmente, l'ordinamento italiano non segue nessuno dei due modelli²⁴.

Per avere un quadro preciso del panorama degli Stati membri è opportuno chiarire che gli ordinamenti che sanzionano penalmente l'incitamento all'odio, alla violenza, alla discriminazione per motivi di orientamento sessuale sono: Austria, Belgio, Cipro, Croazia, Danimarca, Estonia, Grecia, Malta, Spagna, Francia, Irlanda, Lituania, Olanda, Portogallo, Romania, Svezia, Irlanda del nord e Regno Unito²⁵.

Vi sono poi Stati in cui l'incitamento all'odio, alla violenza o alla discriminazione nei confronti di persone LGBT non è esplicitamente definito come reato. Si tratta di Bulgaria, Germania, Lettonia, Lussemburgo, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia. Certo è che pure gli Stati che non prevedono fattispecie di reato a

²⁴ PESCE F., *Omofobia e Diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili*, cit., p. 7.

²⁵ Per un'analisi dettagliata della disciplina prevista nei vari ordinamenti di area europea si veda PESCE F., *Omofobia e Diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili*, cit., pp. 11 ss.

tutela di persone LGBT, prevedono norme, di carattere generale, all'interno delle quali è possibile ricondurre la tutela contro l'omofobia²⁶.

Analizzate per sommi capi le caratteristiche dei crimini d'odio e, in particolare, dell'evoluzione normativa dell'odio omofobico in ambito europeo e degli Stati membri, è possibile esaminare adesso i più recenti orientamenti del legislatore italiano quanto alle possibilità e ai limiti di intervento penale.

2.2. Le recenti prese di posizione del legislatore italiano: fattispecie autonoma o aggravata? Il dibattito legislativo e dottrinario in tema di criminalizzazione dell'omofobia.

Sfortunatamente, sul fenomeno dell'omofobia, non esistono in Italia dati statistici ufficiali. Ciononostante, come è noto, il problema risulta quanto mai attuale e serio²⁷. Ciò a maggior ragione se si considera che sono numerose le esternazioni provenienti da esponenti del mondo politico e istituzionale, nonché religioso, che si caratterizzano per un "linguaggio incendiario" carico di odio²⁸.

Al contrario, l'*Home Office* inglese mostra come la consistenza di reati ispirati all'orientamento sessuale sia inferiore solo ai delitti motivati dalla discriminazione razziale. Oggi pertanto il tradizionale crimine d'odio razziale si contende il campo con i delitti ispirati, appunto, da omofobia. La forte diffusione di tali delitti è comprovata dal *Federal Bureau of Investigation* (FBI) americano nell'*Uniform Crime Report* del 2010²⁹.

Questo dato deve guidare l'analisi delle scelte del legislatore italiano sul tema dell'omofobia, non nell'ottica di una necessaria criminalizzazione, ma piuttosto in quella di una riflessione seria e affatto stereotipata, effettuando un attento bilanciamento tra opposte esigenze di tutela.

²⁶ Si veda sul punto IBID., pp. 17 ss.

²⁷ GOISIS L., *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, cit., p. 3. L'Autrice fa riferimento ai rapporti stilati da Arcigay che mostrano come il fenomeno dell'omofobia sia in crescita negli ultimi anni.

²⁸ Si veda sul punto DOLCINI E., *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, 1, 24.

²⁹ GOISIS L., *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, cit., p. 3.

*2.2.1. Il dibattito legislativo intorno alla possibilità di introdurre una
fattispecie a tutela dell'odio omofobico.*

A) L'Italia resta uno dei pochi Paesi che attualmente non incriminano, con una norma specifica, la discriminazione per l'orientamento sessuale.

Analizzeremo, pertanto, le norme che sono previste nel nostro ordinamento contro condotte discriminatorie, delle quali si è di recente proposta un'estensione al tema dell'omofobia.

Le varie forme di discriminazione che sono sanzionate nel nostro Paese sono previste dalla legge 13 ottobre 1975, n. 654 che ha ratificato la Convenzione di New York del 7 marzo 1966 in merito alle discriminazioni razziali.

Con il concetto di discriminazione e di odio razziale ci si riferisce a un gruppo etnico, nazionale o razziale, con ciò volendo affermare che oltre al razzismo strettamente inteso – e cioè la discriminazione di determinati soggetti che appartengono a una certa “razza” – si sono sempre ricomprese anche persone appartenenti a una certa etnia o a una certa nazionalità³⁰.

L'art. 3 co. 1 della suddetta legge, nella sua formulazione originaria antecedente alle novelle apportate dal d.l. 122/1993 – convertito nella l. 205/1993 – e dalla l. 85/2006, puniva con la reclusione da uno a quattro anni (lett. a) “*chi diffonde*

³⁰ PAVICH G. – BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, in http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1412690237PAVICH-BONOMI_2014.pdf, 2014, p. La nozione di discriminazione è descritta dal punto di vista normativo nell'art. 1 della Convenzione di New York, secondo il quale essa “*sta ad indicare ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica*”. La nozione di discriminazione viene ripresa, nel nostro ordinamento all'art. 43 d.lgs. 286/1998 (T.U. immigrazione): “*Ai fini del presente capo, costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica*”. La giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, ha poi cercato di fornire una descrizione della nozione di discriminazione. Si veda sul punto op. cit., pp. 5 ss. In via di sintesi, appare efficace – anche se ampia e generica – la nozione elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la quale essa consiste nel “*trattare in modo differente, salvo giustificazione oggettiva e ragionevole, persone che si trovano in situazioni comparabili*”. Quanto al bene giuridico protetto dalla norma, dottrina e giurisprudenza maggioritarie, lo individuano nella dignità dell'uomo, più che nella pubblica tranquillità e nella pacifica convivenza. Si veda op. cit., pp. 12-13.

in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale”, ovvero (lett. b) *“chi incita in qualsiasi modo alla discriminazione, o incita a commettere o commette atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti a un gruppo nazionale, etnico o razziale”*. La fattispecie criminosa contiene peraltro una clausola di salvaguardia *“salvo che il fatto costituisca più grave reato”*. Al co. 2 erano poi puniti con la reclusione da uno a cinque anni i partecipanti o coloro che avevano prestato assistenza ad associazioni od organizzazioni aventi tra gli scopi quello di *“incitare all'odio o alla discriminazione razziale”*. Per i capi o i promotori la pena era poi aumentata³¹.

E' evidente che non poco dubbi risultano i concetti di diffusione *“in qualsiasi modo”* delle idee e dell'incitamento alla discriminazione.

Successivamente, la legge Mancino del 1993 attenuò le conseguenze sanzionatorie ed estese l'applicabilità della legge anche alle discriminazioni religiose. Inoltre, si introdusse una distinzione sanzionatoria a seconda che venissero commesse le condotte di diffusione delle idee o di incitamento alla discriminazione³².

³¹ La Convenzione di New York obbligava, all'art. 4, gli Stati a *“dichiarare crimini punibili dalla legge, ogni diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale, ogni incitamento alla discriminazione razziale, nonché ogni atto di violenza, od incitamento a tali atti diretti contro ogni razza o gruppo di individui di colore diverso o di diversa origine etnica, come ogni aiuto apportato ad attività razzistiche, compreso il loro finanziamento”*, nonché a *“dichiarare illegali ed a vietare le organizzazioni e le attività di propaganda organizzate ed ogni altro tipo di attività di propaganda che incitano alla discriminazione razziale e che l'incoraggino, nonché a dichiarare reato punibile dalla legge la partecipazione a tali organizzazioni od a tali attività”*. Si veda sul punto PAVICH G. – BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, cit, pp. 1 ss.

³² In particolare il nuovo art. 3 puniva:

“a) con la reclusione sino a tre anni chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi”.

Analoghe modifiche poi vennero introdotte al capoverso 3 dell'art. 3 co. 1 che puniva a vario titolo chi partecipava ad associazioni, organizzazioni, movimenti o gruppi di cui all'art. 3.

Infine, venne introdotta un'aggravante non bilanciabile e che veniva in gioco qualora si fosse commesso il fatto per finalità di discriminazione o di odio (etnico, nazionale, razziale o religioso), ovvero di agevolazione dell'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità. In particolare l'aggravante così recita:

“1. per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità, la pena è aumentata fino alla metà.

Nel 2006, poi, è stata ulteriormente diminuita la pena³³ e la descrizione della condotta è stata, del pari, modificata. Si punisce alla lett. a) non più chi “*diffonde in qualsiasi modo*”, ma “*chi propaganda*” le idee da un lato, e non più chi “*incita*”, ma chi “*istiga a commettere*” o *commette* gli atti discriminatori. Alla lett. b) è ora punito non più chi “*incita*”, ma chi “*istiga a commettere*” o *commette* violenza o atti di provocazione.

Ricapitolando, quindi, le condotte di discriminazione punibili nel quadro della recente legislazione italiana sono: la *propaganda* di idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico (a); l’*istigazione* a commettere o la *commissione* di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (b); l’*istigazione* a commettere o la *commissione* di violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (c); la *partecipazione* o l’*assistenza* ad associazione (od organizzazione, o movimento, o gruppo) avente fra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (d); il *compimento di manifestazioni esteriori* o l’*ostentazione di emblemi o simboli* propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui alla lett. d; l’*istigazione ed apologia di genocidio*.

Si ricorda infine l’aggravante – prevista per i reati puniti con pena diversa da quella dell’ergastolo – dell’aver commesso il fatto per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l’attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità.

L’intervento del 2006, inserito in una più complessa riforma dei reati di opinione, seppure formalmente ha avuto la finalità di mitigare o di abrogare taluni reati di opinione nel nostro ordinamento, poco ha avuto a che fare con autentiche

2. Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall’articolo 98 del codice penale, concorrenti con l’aggravante di cui al comma 1, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall’aumento conseguente alla predetta aggravante”.

Si veda *funditus*, PAVICH G. – BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull’evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, cit., pp. 2 ss.

³³ Oggi alternativa della reclusione fino a un anno e sei mesi, oppure multa fino a 6 mila euro.

finalità garantistiche³⁴. Si è trattato, piuttosto, si ritiene, di incidere sull'esito di processi penali in corso che coinvolgevano esponenti di un partito di governo³⁵ accusati di vilipendio alla bandiera o, addirittura, condannati in primo grado per incitamento a commettere atti di discriminazione per motivi etnici.

Peraltro, la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato come la sostituzione, nel 2006, del concetto di “*diffusione*” con quello di “*propaganda*” e del concetto di “*incitamento*” con quello di “*istigazione*” non valga a escludere una discontinuità contenutistica del paradigma della condotta criminosa rispetto alla normativa antecedente. Di fatto, pertanto, sussiste continuità normativa tra le fattispecie incriminatrici. La condotta del “*propagandare*” era già ricompresa in quella del “*diffondere*”. Inoltre, tra le ipotesi di “*incitamento*” e di “*istigazione*” pure sussisterebbe continuità normativa poiché si tratterebbe di una precisazione linguistica che non modifica affatto la portata della norma³⁶.

In realtà, riteniamo di condividere l'opinione di chi, riguardo all'interpretazione della Corte di Cassazione sul punto, nutre sommessamente qualche perplessità.

In primo luogo, *lex ubi dixit voluit*. Perciò se una modifica del testo normativo vi è stata, si è verosimilmente voluto introdurre concetti diversi. In secondo luogo, “*appare possibile ravvisare qualche scarto contenutistico anche [...] sul piano dell'offensività e della pericolosità della condotta*”³⁷.

³⁴ Si veda sul punto PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. contemp.* (Riv. trim.), 2013, 3, 71, p. 78.

³⁵ Il riferimento è alla Lega Nord.

³⁶ PAVICH G. – BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, cit., pp. 10 ss. Gli estremi della sentenza in commento sono Cass., sez. III, 7 maggio 2008 (dep. 3/10/2008), n. 37581, Mereu, Rv. 241072. In realtà poi, gli stessi lavori parlamentari lasciano intendere che si sia voluto procedere con una descrizione più restrittiva delle condotte penalmente rilevanti. Del resto, ne è la prova, *a contrario*, un disegno di legge di iniziativa governativa del 25 gennaio 2007 in cui seguendo il percorso inverso della novella del 2006, si inaspriscono nuovamente le pene e si ritorna ai precedenti concetti di “*incitamento*” e di “*diffusione*”. E' opportuno citare che non sono mancate pronunce di merito in cui si è affermato che il sostantivo “*propaganda*” evocherebbe qualcosa di più ampio del “*diffondere*” e presupporrebbe un'organizzazione di mezzi e molteplicità di interventi, il che starebbe a significare che il legislatore del 2006 ha deliberato di restringere le maglie del punibile. Sul punto si veda op. cit., pp. 11 ss.

³⁷ PAVICH G. – BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, cit., p. 21.

La nozione di propaganda, infatti, contiene, da un lato, l'elemento della diffusività, dall'altro, quello dell'espressa adesione del soggetto attivo alle idee oggetto della stessa. In tali casi, pertanto, la pericolosità risulterebbe maggiore e, pertanto, il legislatore avrebbe voluto restringere l'area della rilevanza penale. Contenuto più ristretto avrebbe anche la nozione di istigazione, rispetto a quella di incitamento³⁸.

B) *Ebbene*, la normativa analizzata in tema di discriminazioni, prevista nella legge del 1975 e successivamente modificata, risulta per noi di particolare interesse poiché, di recente, nel dibattito interno al nostro Paese, si è prospettata l'esigenza di *estendere all'omofobia e alla transfobia* proprio le norme a tutela delle discriminazioni ora viste. Del resto, analogo dibattito si è sviluppato intorno alla possibilità di introdurre la fattispecie di negazionismo, fenomeno questo che la nostra giurisprudenza tende a escludere dalle ipotesi di discriminazione, a meno che non si accompagni all'incitamento alla violenza o alla discriminazione³⁹.

Attualmente, risulta, infatti, chiaro che a fronte della normativa italiana, la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale non rientra espressamente in quelle considerate dalla legge n. 654 del 1975 e dalle sue successive modifiche.

Le proposte, pertanto, sono state varie⁴⁰ e hanno avuto come obiettivo quello di introdurre o una fattispecie autonoma di reato o una circostanza aggravante. In sede di lavori parlamentari tali proposte sono state abbandonate lasciando invariata la

³⁸ IBID., p. 22. Sul punto l'Autore condivide l'orientamento della Cassazione secondo il quale “*tali reati implicano un contrasto fra la libertà di manifestazione del pensiero e la pari dignità dei cittadini, da risolvere in favore di quest'ultimo principio: a patto però che la condotta rientri in un paradigma di concreta pericolosità per il bene giuridico tutelato, costituito appunto dalla pari dignità sancita dall'art. 3 Cost.*”. Così, “*il bilanciamento di principi di rango costituzionale, che è in qualche modo insito nell'analisi delle fattispecie criminose in esame, non dovrebbe portare a una compressione del principio di libera espressione sulla sola base di una valutazione astratta della pericolosità, quanto meno in quei casi nei quali il tipo di condotta contemplata nel paradigma della norma sanzionatrice non sia intrinsecamente caratterizzato da una carica offensiva suscettibile di recare pregiudizio al valore egualitario e non discriminatorio del principio di cui all'art. 3 Cost.*”.

³⁹ Si veda *funditus* IBID., p. 9. Si veda sul punto gli interessanti lavori di FRONZA E., *Negazionismo*, in Enc. dir., Annali XIII, Giuffrè, Milano, 633; PULITANÒ D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in Dir. pen. contemp. (Riv. trim.), 2015, 4, 325.

⁴⁰ Si veda sul punto PAVICH G. – BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, cit., p. 14.

situazione legislativa attuale caratterizzata dall'assenza di una norma specifica che incrimini il fenomeno dell'omofobia.

Da un lato, infatti, si è proposta l'introduzione di fattispecie autonome di reato modellate sulla legge del 1975 e modificata nel 1993.

Dall'altro, si è avanzata l'ipotesi di una circostanza aggravante variamente costruita a seconda delle proposte di legge. In particolare, si è proposta l'introduzione di un'aggravante comune dei delitti contro la persona commessi in ragione dell'omosessualità o della transessualità del soggetto passivo del reato⁴¹, introducendo gli artt. 599 *bis* e 615 *quinqüies* nella parte speciale del codice penale; oppure introducendo una nuova ipotesi di aggravante comune (art. 61 n. 11 *quater* c.p.) riferita ai delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la personalità individuale, contro la libertà personale e contro la libertà morale, commessi per finalità inerenti all'orientamento o alla discriminazione sessuale della persona offesa dal reato⁴²; infine, si è proposta un'estensione dell'aggravante prevista dal d.l. 122/1993, in modo da includervi i reati commessi per motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia⁴³.

Da ultimo, nel 2013, è stata presentata all'esame del Senato la proposta di legge Scalfarotto⁴⁴, in cui si è scelta l'opzione di estendere *tout court* la legislazione vigente e, quindi, anche ai reati già previsti in tema di discriminazione sia dalla legge 654/1975 che dalla legge Mancino, alle condotte criminose poste in essere per *motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia*⁴⁵.

Ma vediamo *nel dettaglio* le proposte di riforma ora elencate al fine di inquadrare il dibattito e individuare possibili soluzioni quanto all'introduzione del reato di omofobia e transfobia nel nostro ordinamento.

La prima proposta (progetto di legge AC 2087 presentato nell'ottobre del 2009 in Parlamento) era volta a introdurre una fattispecie autonoma di reato degli atti di discriminazione in ragione dell'omofobia e finalizzato a modificare la legge di

⁴¹ Proposta di testo unificato presentato dall'on. Concia il 9/11/2010 – AA.CC. nn. 2802 Soro e 2807 Di Pietro.

⁴² Si veda la proposta P.d.l. AC 1658-1882 Concia – Di Pietro.

⁴³ Si veda P.d.l. AC 2807 Di Pietro.

⁴⁴ A.S. 1052 – Scalfarotto.

⁴⁵ PAVICH G. – BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, cit., p. 15.

ratifica del 1975 della Convenzione di New York e il decreto Mancino del 1993. Il progetto prevedeva l'estensione ai comportamenti fondati sull'omofobia e la transfobia le ipotesi delittuose previste per atti commessi per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi, nonché della circostanza aggravante dell'odio razziale di cui all'art. 3 del decreto Mancino per i fatti commessi per motivi di omofobia o transfobia⁴⁶.

La seconda proposta (AC 2802 e AC 2807 del 2010) aveva riguardato l'introduzione di una circostanza aggravante comune o speciale agli artt. 599 *bis* e 615 *quinquies* c.p. con aumento di pena sino a un terzo per tutti i delitti contro la persona, ad eccezione dell'inviolabilità del domicilio quando fossero stati commessi *“in ragione dell'omosessualità o transessualità della persona offesa”*. Si era anche proposta l'introduzione, come abbiamo detto, dell'aggravante omofobica all'interno dell'art. 61 (n. 11 *quater*) c.p. applicabile ai reati non colposi contro la vita e l'incolumità della persona, o la personalità individuale, la libertà personale, la libertà morale.

Il Parlamento italiano ha sistematicamente respinto i diversi disegni di legge accogliendo nel luglio del 2011, due questioni di pregiudizialità, basate sul principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, nonché sul principio di legalità *ex art. 25 co. 2 Cost.*⁴⁷

Quanto a tali questioni di pregiudizialità, attenta dottrina⁴⁸ ha rilevato come le motivazioni possano risultare meramente *“di facciata”*.

Da un lato, come abbiamo visto, l'argomento delle “discriminazioni alla rovescia” non può trovare cittadinanza nel nostro ordinamento dato che il principio costituzionale di eguaglianza impone che situazioni diverse siano trattate in modo diverso. Tali soggetti, peraltro, sono particolarmente vulnerabili e vittime sistematiche, anche nel nostro Paese, di aggressioni motivate da una mera ostilità nei confronti del loro orientamento sessuale.

Dall'altro lato, quanto al profilo relativo al principio di legalità, *“è a dir poco sorprendente che si consideri ‘eccessivamente generica’, quando venga inserita nella descrizione di una nuova circostanza aggravante, una formula – ‘orientamento*

⁴⁶ GOISIS L., *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, cit., p. 16.

⁴⁷ *IBID.*, p. 16.

⁴⁸ DOLCINI E., *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori, 2011*, cit., p. 9.

sessuale’ – che già compariva (e compare) sia nella nostra legislazione penale (d.lgs. 10 settembre 2003, 276, artt. 10 e 18 co. 5), sia in convenzioni internazionali sottoscritte e ratificate dall’Italia”⁴⁹, si pensi al TFUE e alla Carta dei diritti fondamentali dell’UE⁵⁰.

Il disegno di legge Scalfarotto (d.d.l. S. 1052)⁵¹ è l’ultima delle proposte in materia di omofobia ed attualmente ferma all’esame del Senato.

La proposta n. 245, per dare determinatezza ai concetti di “identità sessuale”, “identità di genere”, “ruolo di genere” e “orientamento sessuale”, ne prevedeva una definizione ai fini della legge penale⁵². Tale norma definitoria non è stata poi recepita nel disegno di legge S. 1052. Inoltre, non è stata soggetta a recepimento la reintroduzione, da un lato, della condotta di “*diffusione in qualsiasi modo delle idee*” in sostituzione di quella di “propaganda” e, dall’altro, della condotta di

⁴⁹ IBID., p. 9. L’Autore evidenzia poi che “in una delle versioni finali della proposta di legge ‘bocciata’ dalla Camera lo scorso 26 luglio [2011], la formula ‘orientamento sessuale’ della vittima aveva ceduto il passo alle più precise e circoscritte locuzioni ‘omofobia’ e ‘transfobia’, mentre in un’altra versione del Progetto si parlava di ‘reati commessi in ragione... della omosessualità ovvero della transessualità della persona offesa’. Tutto inutile, però agli occhi di chi non voleva (e non vuole) che l’ordinamento attenui il proprio atteggiamento di chiusura nei confronti delle persone LGBT”.

⁵⁰ Si nota poi in dottrina che l’esperienza comparata mostra inequivocabilmente che l’obiettivo del rispetto del principio di legalità-precisione può essere raggiunto in questa materia sensibile e che l’esperienza francese lo dimostra. Il legislatore francese ha previsto una autonoma figura di reato (art. 225-1 del codice penale francese) specificando quali condotte possano estrinsecarsi in una discriminazione. Si tratta per esempio del rifiuto di fornire beni o servizi, rifiuto di assumere una persona e così via enumerando. E’ prevista anche una circostanza aggravante. Sul punto si veda GOISIS L., *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, cit., p. 10. L’Autrice, p. 17, evidenzia dunque come il legislatore non solo possa ma debba impegnarsi nella definizione di ciò che costituisce atto di discriminazione.

Del resto, nemmeno i termini *omofobia* e *transfobia*, anche alla luce della normativa europea e internazionale, sono privi di referenti definitivi.

⁵¹ Esso rappresenta il risultato della discussione congiunta delle proposte di legge C. 245 e C. 280 del 15 marzo 2013 e C. 1071 del 28 maggio 2013.

⁵² Secondo il progetto in questione, per “‘identità sessuale’ doveva intendersi l’insieme, l’interazione o ciascuna delle seguenti componenti: sesso biologico, identità di genere, ruolo di genere e orientamento sessuale. Per ‘identità di genere’ si doveva intendere la percezione che una persona ha di sé come uomo o donna, anche se non corrispondente al proprio sesso biologico”. Per quanto riguarda poi il ‘ruolo di genere’, questo “constava in qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse all’essere uomo o donna”. Infine, l’‘orientamento sessuale’, “era definito come l’attrazione emotiva o sessuale nei confronti di persone dello stesso sesso, di sesso opposto o di entrambi i sessi”. Si veda sul punto PESCE F., *Omofobia e Diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili*, cit., p. 22.

“*incitamento*” in luogo di quella di “*istigazione*”. Le pene previste erano graduate in virtù della gravità delle condotte realizzate⁵³.

Il successivo d.d.l. del 19 settembre 2013 è comunque frutto di alcuni importanti emendamenti alla proposta 245.

In primo luogo, è venuta meno la norma definitoria citata a proposito dei concetti di “identità sessuale” e così via.

In secondo luogo, è venuta meno la riforma della pena accessoria dell’attività non retribuita in favore della collettività (prevista all’art. 1 co. 1 *bis* e ss., d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con modificazioni dalla legge n. 205 del 1993) che resta dunque applicabile esclusivamente in via facoltativa e non obbligatoria come richiedeva l’art. 4 del d.d.l. Scalfarotto.

In contemperamento delle esigenze repressive in favore della libertà di manifestazione del pensiero è previsto il co. 3 *bis* all’art. 3 della l. n. 654 del 1975 secondo il quale non si tratta di discriminazioni, “*né istigazione alla discriminazione, la libera espressione e manifestazione di convincimenti od opinioni riconducibili al pluralismo delle idee, purché non istighino all'odio o alla violenza, né le condotte conformi al diritto vigente ovvero anche se assunte all'interno di organizzazioni che svolgono attività di natura politica, sindacale, culturale, sanitaria, di istruzione ovvero di religione o di culto, relative all'attuazione dei principi e dei valori di rilevanza costituzionale che connotano tali organizzazioni*”.

Infine, anche in virtù di ciò che avevamo in precedenza detto, il d.d.l., all’art. 2, sanciva la necessità per l’Istituto nazionale di statistica di assicurare lo svolgimento di una rilevazione statistica del fenomeno con cadenza almeno quadriennale, con la finalità di verificare l’applicazione della legge e la progettazione e realizzazione delle politiche di contrasto della discriminazione e della violenza xenofoba, antisemita, omofobica e transfobica, nonché del monitoraggio delle politiche di prevenzione.

⁵³ In particolare, in caso di incitamento a commettere o di commissione di atti di discriminazione, era mantenuta la previsione, ridotta dalla riforma del 2006, della reclusione fino a un anno e sei mesi eliminando, tuttavia, l’alternatività con la multa. Analogamente, in caso di incitamento alla violenza o di commissione di atti violenti, non veniva modificata la pena prevista, che va da sei mesi a quattro anni di reclusione. Si veda PESCE F., *Omofobia e Diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili*, cit., p. 23.

Per ulteriori approfondimenti si vedano gli artt. 3, 4 e 5 del d.d.l. Scalfarotto.

In via di sintesi, pertanto, il d.d.l. segue la via dell'estensione dell'ambito di operatività dei delitti previsti all'art. 3 della legge del 1975 a chi *istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi fondati sull'omofobia o sulla transfobia*. La pena è della reclusione fino a un anno e 6 mesi o la multa fino a 6 mila euro.

Sembrerebbe, peraltro, che la nuova norma escluda la possibilità di incriminare un soggetto che propagandi idee fondate sull'omofobia o transfobia, a differenza di quanto avviene nel caso di soggetto che propagandi idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico. In dottrina si è evidenziato che probabilmente si tratta di una svista⁵⁴, frutto della non insolita e purtroppo attuale sciatteria legislativa. Altrimenti opinando, ci si dovrebbe interrogare sul senso di una tale esclusione e del trattamento differenziato delle condotte di propaganda omofobica rispetto a quelle di odio razziale.

La norma andrebbe poi a punire con la reclusione da 6 mesi a 4 anni chi *“in qualsiasi modo istighi a commettere o commetta violenza o commetta atti di provocazione alla violenza per motivi fondati sull'omofobia o transfobia”*. Infine, *“chiunque partecipi o presti assistenza ad organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi fondati sull'omofobia o transfobia sarebbe punito con la reclusione da 6 mesi a 4 anni”*. La pena prevista per coloro che promuovano o dirigano tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, sarebbe la reclusione da 1 a 6 anni⁵⁵.

2.2.2. *La reazione della dottrina in merito al dibattito sull'introduzione di una fattispecie autonoma o circostanziata di omofobia.*

⁵⁴ PESCE F., *Omofobia e Diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili*, cit., p. 24.

⁵⁵ Si veda ancora IBID., p. 24. L'Autrice precisa che: *“sarebbero (facoltativamente) applicabili ai suddetti delitti anche le pene accessorie previste dall'art. 1 co. 1-bis e ss. decreto legge 122 del 1993. L'estensione dell'ambito di applicabilità delle norme di cui all'articolo 3 della legge 654 del 1975 comporterebbe anche un ampliamento delle fattispecie di cui all'articolo 2 del decreto legge 122 del 1993, ad esse connesse. Si segnala, infine, l'estensione della portata della circostanza aggravante c.d. “di odio”, prevista dall'articolo 3 comma 1 del decreto legge 122 del 1993, che diverrebbe applicabile anche ai fatti fondati sull'omofobia o transfobia”*.

Rispetto all'alternativa tra fattispecie autonoma e circostanza aggravante, così come delineata nelle proposte di legge ora analizzate, la dottrina ha reagito variamente.

(A) L'introduzione di un *reato c.d. di omofobia*, che parta dal paradigma della discriminazione razziale, con una cristallizzazione normativa del movente è stato accolto, da parte della dottrina, con molta riluttanza, specie in considerazione dei profili di problematica compatibilità con la Costituzione. A questo proposito sono emerse una serie di difficoltà che hanno riguardato, in primo luogo, la ragionevolezza della scelta dell'equiparazione della condotta omofoba con altre condotte; in secondo luogo, la deroga all'art. 115 c.p. avanzata in diverse proposte; in terzo luogo, la problematica configurazione del reato associativo; e, infine, i profili di compatibilità con l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero.

In particolare⁵⁶, quanto al primo profilo, si è evidenziata l'irragionevolezza dell'equiparazione *quod poenam* di condotte criminose di differente disvalore e, in particolare, delle condotte di istigazione e di commissione di atti di discriminazione.

Sotto il secondo profilo, invece, si realizzerebbe una vera e propria deroga all'art. 115 c.p. andando a punire delle condotte istigatorie quali fattispecie di reato consumato, anche se accolte, contravvenendo alla non punibilità di condotte in virtù del mero accordo.

Sotto il terzo punto di vista, il reato associativo, previsto al co. 3 dell'art. 3, verrebbe esteso alla discriminazione o violenza "omofobica" oltre che alle organizzazioni, anche ai movimenti e ai gruppi, ancora una volta con problematica compatibilità con la non punibilità sancita dall'art. 115 c.p.

Infine, la predisposizione di una fattispecie autonoma così come prevista nei progetti di legge, corre il rischio di essere caratterizzata da una formulazione vaga e indeterminata di taluni elementi della fattispecie – e per lo più trattasi di elementi normativi – con incriminazione anche di discorsi (*hate speech*) afferenti allo spazio coperto dalla libera manifestazione del pensiero.

(B) Quanto, invece, all'introduzione di una *circostanza aggravante* in tema di omofobia, c'è sostanziale accordo nel ritenere che questa abbia un carattere

⁵⁶ RICCARDI G., *Omofobia e Legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, cit., p. 34.

simbolico meno accentuato, anche se, secondo qualcuno, essa non elide i profili di problematica compatibilità con i principi penalistici. Il tutto si gioca pertanto sulla formulazione della circostanza.

Parte della dottrina ha evidenziato come la predisposizione di un'aggravante applicata *“in ragione dell'omosessualità o transessualità della persona offesa”* sarebbe idonea a restringere maggiormente il campo rispetto alle componenti soggettive dei *motivi* o delle *finalità* proprio perché si riferisce alla vittima più che all'autore.

Infatti, *“se i motivi o le finalità omofobiche concentrano il disvalore sul mero atteggiamento interiore dell'agente [...] un'aggravante tipizzata in ragione dell'omosessualità o transessualità della persona offesa appare maggiormente idonea a connotare la direzione finalistica dell'azione, evocando una proiezione fattuale del movente omofobico ('in ragione') legata alla posizione della vittima”*⁵⁷.

L'introduzione, invece, di un'aggravante di natura soggettiva, seppur confacente al nostro sistema nel quale esistono circostanze soggettive quali quella dei motivi abietti o futili, rischierebbe da un lato di determinare un maggiore aggravamento sanzionatorio in assenza di una corrispondente maggiore carica offensiva, ma sulla base di un mero *“atteggiamento interiore”*⁵⁸ e, dall'altro, a maggiori difficoltà applicative in sede di proiezione probatoria. Così *“i motivi e le finalità omofobiche non possono essere ritenuti semplici sinonimi di una medesima realtà, denotando al contrario, differenti proiezioni della volontà criminosa”*⁵⁹.

Altra parte della dottrina⁶⁰ ha evidenziato, invece, come le soluzioni di aggravanti concernenti i *motivi* di omofobia o transfobia, o di reato commesso *in ragione* dell'omosessualità o transessualità della vittima possano risultare, entrambe, plausibili.

⁵⁷ IBID., p. 42.

⁵⁸ IBID., p. 43.

⁵⁹ IBID., p. 43. Così se lo scopo o la finalità rappresentano l'aspetto conoscitivo del fatto psichico, essi includono una volontà già decisa a conseguire il risultato oggetto della rappresentazione, che è necessariamente consapevole, il movente rappresenta, invece, l'aspetto affettivo del fatto psichico, e dunque precede la deliberazione criminosa, e può essere sia consapevole che inconscio. L'assunzione dell'omofobia ad oggetto dei motivi ovvero delle finalità, non sarebbe, dunque, neutra. Fondare l'aggravante sui motivi significa cristallizzare normativamente un movente interiore, viceversa, fondarla sulle finalità omofobiche implica che la condotta debba rilevare degli indici fattuali. Si veda *funditus* pp. 43-44.

⁶⁰ DOLCINI E., *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, cit., p. 33.

Infatti⁶¹, il soggettivismo incompatibile con il nostro diritto penale è quello relativo alla repressione di *status personali* o di mere volizioni o atteggiamenti interiori. “L’opzione a favore di un diritto penale oggettivistico non comporta, invece, la rinuncia a valorizzare le componenti soggettive del reato, di un reato imperniato su un fatto offensivo di beni giuridici”⁶² (si pensi, appunto, alle aggravanti previste nell’art. 61 n. 1 e 62 n. 1). In effetti “una lesione personale dolosa commessa per motivi di omofobia espone l’agente a un rimprovero più intenso rispetto ad una lesione personale dolosa commessa per motivo diverso (che non sia riconducibile d’altra parte, alla categoria dei motivi abietti o futili)”, quindi, “applicare a quelle lesioni un aggravamento di pena non urta in nessun modo con il sistema”⁶³.

A quali delitti applicare, in astratto, l’aggravante costituisce, anch’esso, elemento di dibattito.

Si parla in talune proposte di restringere il campo ai delitti contro la persona, ad eccezione di quelli contro l’inviolabilità dei segreti mentre, in altre, veniva riferita sì ai delitti contro la persona, ma ad eccezione dei delitti colposi e contro l’onore. Una terza soluzione ha infine fatto riferimento (quella della proposta AC 2807) a tutti i reati punibili con pena diversa dall’ergastolo⁶⁴. Non sarebbe inoltre inconcepibile, secondo parte della dottrina, applicare questa aggravante a reati diversi da quelli che offendono la persona. Si pensi per tutti ai reati contro il patrimonio⁶⁵, configurando così una nuova aggravante da riferire alla parte generale del codice penale nel catalogo delle aggravanti comuni di cui all’art. 61 c.p. Del resto, l’impiego di formule quali “orientamento sessuale” (come previsto dalla proposta Concia – Di Pietro), non pongono tanto un problema di compatibilità con il

⁶¹ IBID., p. 33.

⁶² IBID., p. 33.

⁶³ IBID., p. 34. L’Autore aggiunge poi che se si prende in considerazione l’ipotesi in cui la vittima sia ritenuta erroneamente omosessuale o transessuale dall’agente, prevedere come aggravante l’aver commesso il delitto per motivi di omofobia e transfobia significa “ricomprendere anche tali ipotesi nella sfera di applicabilità dell’aggravante, mentre la soluzione del problema non sarebbe altrettanto pacifica – in relazione all’art. 59, co. 3 c.p. [...] – se la legge parlasse di “delitto commesso in ragione dell’omosessualità o della transessualità della vittima”. Se il legislatore optasse per tale ultima soluzione interpretativa, sarebbe opportuno che l’aggravante venisse applicata, secondo l’Autore, in ragione dell’omosessualità o della transessualità vera o supposta della vittima, come del resto ha fatto il legislatore francese.

⁶⁴ IBID., p. 35. Secondo l’Autore, questa è la soluzione da preferire in modo tale da evitare di imporre limiti all’aggravante di dubbia ragionevolezza.

⁶⁵ IBID., p. 35.

principio di legalità⁶⁶, ma possono piuttosto risultare eccessivamente ampie. Si tratta, in altre parole, di una formula in grado di comprendere anche situazioni che non necessitano oggi di una tutela rafforzata, come quella tra persone appartenenti a sesso opposto che, a rigore, verrebbero invece incluse in tale locuzione (così come lo sono, espressamente nella proposta Soro AC 2802).

Ad ogni buon conto, la possibilità di introdurre norme penali specifiche per il contrasto all'omofobia va valutata, oltre che sotto il profilo della legittimità costituzionale anche sotto il profilo della congruenza politico-criminale e della razionalità legislativa. Bisogna, in altre parole, riconoscere i casi in cui si utilizzi lo strumento penale in chiave promozionale, con funzione espressiva simbolica per combattere una battaglia culturale, civile e sociale attraverso una norma-manifesto e i casi in cui, invece, l'esigenza di tutela sia reale. Del resto che il diritto penale non possa creare o plasmare l'etica, ma solo riflettere una morale "*che già c'è ed è stata generata da altre fonti*"⁶⁷ risulta un assunto ormai chiaro al punto della nostra trattazione.

2.3. Possibilità e limiti d'intervento tra esigenze di tutela reali e supposte alla luce del principio di libera manifestazione del pensiero.

Analizzato il dibattito legislativo e dottrinario in tema di criminalizzazione dell'omofobia, è possibile verificare l'opportunità dell'intervento parlamentare alla luce dei principi fondamentali del nostro diritto penale e, in particolare, del diritto di libera manifestazione del pensiero.

Il problema della tutela penale rafforzata di persone omosessuali e transessuali contro atti di discriminazione e violenza si muove, fondamentalmente, tra due poli⁶⁸.

Da un lato, sta la particolare *vulnerabilità* di tali soggetti, confermata dagli agghiaccianti episodi di omofobia.

⁶⁶ DOLCINI E., *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, cit., p. 31. Infatti, la stessa giurisprudenza costituzionale ha ritenuto tale locuzione né vaga né imprecisa.

⁶⁷ IBID., p. 55. L'Autore cita CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio. Profili introduttivi e politico-criminali*, vol. I, CEDAM, Padova, 1988, 373 e T. WÜRTENBERGER, *Foreword: Impressions and Remarks*, in Lee and Robertson, *Moral Order*, p. 23 (cit. in CADOPPI A., op. ult. cit., p. 408).

⁶⁸ DOLCINI E., *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, 1, 24, p. 24.

Dall'altro lato, sta l'esigenza che il legislatore penale tenga ben fermo il rispetto della libertà di manifestazione del pensiero, evitando la creazione di nuovi reati di opinione. Tale rischio si realizza quando si vanno a incriminare condotte di mera istigazione senza che segua l'effettivo compimento dell'atto discriminatorio.

Le criticità che sono emerse sono varie, prima fra tutte, quella di creare una *“discriminazione alla rovescia”* a causa dell'impiego di una tutela rafforzata di tali soggetti. In realtà, come si è evidenziato in dottrina⁶⁹, tale preoccupazione deve essere senz'altro fugata. L'art. 3 Cost., infatti, non si oppone a qualsiasi discriminazione normativa, ma alle sole discriminazioni irragionevoli. Ebbene, la particolare vulnerabilità di tali soggetti, ove venga dimostrata, costituisce un sufficiente fondamento per la ragionevolezza di una tutela rafforzata.

Infatti, *“opporsi a qualsiasi discriminazione legislativa, invocando la logica ‘o tutti o nessuno’, significa paralizzare qualsiasi intervento penale nella materia in esame, scelta astensionistica probabilmente legittima, ma non certo imposta dalla Costituzione”*⁷⁰. Il dubbio che sorge, purtroppo, è quello per cui si discuta tanto dell'opportunità e della legittimità di una tutela penale rafforzata di persone omosessuali e transessuali in quanto tali orientamenti sessuali vengono visti non come un fattore di vulnerabilità ma, piuttosto, come un vizio⁷¹.

Il vuoto sanzionatorio presente in Italia, viene per lo più colmato, secondo parte della dottrina, con il disposto della circostanza aggravante dei motivi abietti prevista all'art. 61 c.p.

Ciononostante, come abbiamo detto, si sono alternate proposte legislative tese ad introdurre ora una circostanza aggravante ora una fattispecie autonoma di reato.

Una norma a tutela dell'omofobia, è apparsa, da un lato, come non strettamente necessaria e, dall'altro lato come potenzialmente inopportuna, dando essa vita al rischio di creare l'ennesima norma di diritto penale simbolico.

Uno degli argomenti maggiormente utilizzati, ma che per la verità abbiamo già confutato, è stato appunto quello delle *“discriminazioni alla rovescia”*. In tal senso, prevedere *“una tutela penalistica privilegiata in ragione esclusivamente dell'orientamento sessuale [rischierebbe], in altri termini, di rivelarsi*

⁶⁹ IBID., p. 26.

⁷⁰ IBID., p. 27.

⁷¹ IBID., p. 28.

*discriminatorio nei confronti della dignità delle persone LGBT, proprio in quanto attribuirebbe in via astratta a tali individui una condizione di incapacità (intesa come limitazione, congenita o acquisita, nell'esercizio dell'autonomia) di carattere personale*⁷².

In secondo luogo, quanto alla giustificazione dell'intervento normativo basata sul principio di eguaglianza sostanziale, questa parte della dottrina, ha evidenziato come si finisca per tale via per ammettere una *funzione promozionale del diritto penale*, come rimozione delle cause di disuguaglianza⁷³.

Infine, il d.d.l. Scalfarotto, introducendo dei reati di opinione, esprimerebbe una *prospettiva moralizzante* di imposizione di una determinata visione sociale. Sembra, infatti, secondo tale filone interpretativo, che si stia sviluppando un processo di ri-eticizzazione del diritto penale e il dibattito in tema di omofobia non farebbe che confermare questo assunto⁷⁴.

Sul punto abbiamo già detto in precedenza e torneremo in seguito.

Basti però rilevare, a parere di chi scrive, quanto segue.

In primo luogo, se prendiamo l'aspetto della tutela della dignità umana quale parametro in base al quale valutare l'opportunità di un intervento legislativo in materia di omofobia, eventuali problemi di discriminazione "alla rovescia" non risultano affatto determinanti. Da un lato, la possibilità di intervento del legislatore deve giocarsi sotto il profilo dell'offensività, della necessità di pena e della tassatività. Dall'altro, come è noto, tale argomento risulta assolutamente fuorviante nell'ambito del diritto penale.

In secondo luogo, proprio per le ragioni ora esposte, l'incriminazione dell'omofobia, indipendentemente dalla soluzione legislativa che si decida di intraprendere, non costituisce un esempio calzante di ri-eticizzazione del diritto penale, dove a perdere è la neutralità e l'equidistanza dell'ordinamento. Ciò perché

⁷² IBID., pp. 26-27.

⁷³ IBID., p. 27. L'Autrice afferma, infatti, che in altri rami dell'ordinamento dove la funzione promozionale volta all'eliminazione degli ostacoli all'eguaglianza sostanziale è ritenuta doverosa non hanno ancora riconosciuto alle persone LGBT il matrimonio, l'adozione e così via enumerando. Sembra, dunque, a parere dell'Autrice che il legislatore ceda più facilmente alla tentazione di utilizzare lo strumento sanzionatorio in nome del principio di eguaglianza sostanziale invece che farsi realmente portatore degli interessi delle persone LGBT.

⁷⁴ Si veda anche RICCARDI G., *Omofobia e Legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, cit., p. 47.

uno dei compiti del diritto penale è proprio quello di tutelare soggetti vulnerabili, con la necessità di trattare in modo uguale situazioni uguali, ma in modo diverso situazioni diverse.

Il vero *pactum pruriens* dell'omofobia risiede piuttosto sulla costruzione concreta della norma penale e sulla selezione delle condotte penalmente rilevanti in termini di reale offensività. Ogni argomento in cui emergano visioni alternative della vita e del mondo può essere altrimenti soggetto a un processo di ri-eticizzazione.

Inoltre, la presenza di fattispecie generali idonee a proteggere da atti di violenza, di offesa e di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, risolve solo in parte il problema.

Se non vi è dubbio che tali condotte potrebbero astrattamente rientrare nel raggio di applicazione di tali norme, è necessario però chiedersi se fattispecie quali l'ingiuria – peraltro oggi depenalizzata – la violenza privata, gli atti persecutori, le percosse, le lesioni, i maltrattamenti, l'omicidio aggravati dai motivi abietti siano in grado di esprimere lo specifico disvalore di una condotta omofobica⁷⁵.

In altre parole, sarebbe necessario distinguere tra il rischio di repressione di opinioni che “semplicemente” manifestino *pareri* contrapposti all'omosessualità (come negare il matrimonio omosessuale) e quelle condotte *commissive* di atti discriminatori o violenti a danno di tali soggetti⁷⁶. L'assenza di una scelta in favore

⁷⁵ Sulla possibilità di inquadramento delle condotte omofobe attraverso l'impiego di norme generali già previste dall'ordinamento e fattispecie aggravate dai motivi abietti o futili, si veda MANTOVANI F., *I delitti di omofobia e di transfobia e le inquietudini giuridiche*, <http://www.scienzaevitafirenze.it/cms/Persona/i-delitti-di-omofobia-e-di-transfobia-e-le-inquietudini-giuridiche.html>, 2013, o ancora PESCE F., cit., p. 31 e di RICCARDI G., cit., p. 46. Quest'ultimo Autore prospetta anche un'eventuale applicabilità dell'aggravante della minorata difesa di cui all'art. 61 n. 5 c.p.

Si deve peraltro evidenziare che in giurisprudenza è emersa una interpretazione estensiva dell'aggravante della *finalità di discriminazione* prevista dall'art. 3 della legge Mancino: “*facendo perno sull'avversativa adoperata dalla disposizione ('finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso')*, invero, si è affermato che alla *finalità di discriminazione non fossero riferibili, linguisticamente, i 'moventi' etnico, nazionale, razziale e religioso; nel solco di tale interpretazione, dunque, la finalità di discriminazione avrebbe un ambito di operatività più ampio della finalità di odio, e, in quanto tale, consentirebbe la criminalizzazione (sub specie di aggravamento sanzionatorio) anche delle discriminazioni omofobiche (l'espressione adoperata nella fattispecie concreta era 'frocio bastardo')*”. Il riferimento è a Tribunale di Trieste, Giud. Tomassini, ordinanza 2 dicembre 2011, consultabile in www.retelenford.it, si veda RICCARDI G., op. cit., p. 49.

⁷⁶ Si veda in senso contrario, a noi pare, PESCE F., *Omofobia e Diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili*, cit., p. 31. L'Autrice afferma che “*la scelta legislativa sarebbe la sistematica violazione dei diritti e delle libertà fondamentali costituzionalmente garantite come la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di professare il proprio credo religioso e la libertà di educazione dei genitori verso i figli che, indubbiamente deve comprendere anche*

della tutela di tali soggetti motivata da considerazioni di questo genere rischia di diventare una precisa scelta del legislatore, con sacrificio proprio del principio di laicità.

Infine, i dubbi di determinatezza delle norme contenute nel d.d.l. costituisce uno dei problemi di maggior peso⁷⁷. E' indispensabile che, per rispettare i più basilari principi del diritto penale del fatto, concetti quali omofobia, odio e così via non siano vaghi e siano invece riferibili a realtà individuabili con sufficiente sicurezza.

Tali rischi emergono qualora la norma venga ricostruita sulla base di elementi costitutivi non di tipo descrittivo o naturalistico, ma di natura emozionale. La conseguenza diretta sarebbe quella di aprire le porte a un'eccessiva discrezionalità del giudice e ai suoi possibili soggettivismi⁷⁸. Per la verità, concetti quali "omofobia" e "transfobia" sarebbero, a detta di parte della dottrina⁷⁹, sufficientemente precisi e consolidati, alludendo *"rispettivamente, alla paura della relazione, sentimentale e sessuale, tra persone dello stesso sesso ovvero della relazione con una persona transgender, nonché all'avversione verso relazioni di questo tipo"*. Si deve inoltre fare riferimento, in quest'ottica, alla definizione data nella Risoluzione sull'omofobia in Europa approvata dal Parlamento europeo nel 2006.

2.3.1. La compatibilità costituzionale di una norma incriminatrice dell'omofobia. Come sfatare un equivoco di fondo: il bilanciamento tra diritti e libertà del singolo e l'incriminazione di nuove forme di aggressione discriminatoria.

A) Come è noto, il tema dell'omofobia impone all'interprete un attento bilanciamento tra la tutela di vittime particolarmente vulnerabili e l'esercizio di diritti fondamentali, primo fra tutti la libertà di manifestazione del pensiero. In tale materia, infatti, si manifesta l'esigenza di evitare interventi *paternalistici* e, in

l'educazione sessuale". Ci possiamo in proposito chiedere se condotte discriminatorie o violente nei confronti di soggetti che abbiano un orientamento sessuale diverso cadano ancora sotto il raggio di applicazione di tali diritti o se sia necessario, ancora una volta, operare una distinzione tra meri fatti di istigazione non seguiti dalla commissione di delitti e l'effettiva commissione degli stessi.

⁷⁷ IBID., p. 32.

⁷⁸ MANTOVANI F., *I delitti di omofobia e di transfobia e le inquietudini giuridiche*, cit., p. 1.

⁷⁹ DOLCINI E., *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, cit., p. 32.

particolare, *promozionali* che utilizzino il diritto penale quale strumento di affermazione di valori più o meno condivisi da parte della collettività. Così, la necessaria offensività della norma si unisce alla necessaria sussidiarietà dell'intervento penale, che deve essere calibrato alla luce di principi costituzionali quali il principio di laicità, il principio della dignità umana e quello di materialità.

(A1) Se questo è vero, sembra che debba essere sfatato, a parere di chi scrive, un equivoco di fondo. Come vedremo meglio nel prossimo paragrafo, è opportuno, infatti, distinguere tra la configurazione dell'omofobia come mero reato d'opinione, con tutte le problematiche che derivano dall'inclusione in tale categoria, e la configurazione dello stesso come commissione effettiva di atti discriminatori magari con violenza o minaccia da parte del soggetto agente.

Volendo verificare la compatibilità con i principi costituzionali dell'introduzione di un reato (o di un'aggravante) di omofobia, la dottrina⁸⁰ ha evidenziato che la tutela di una particolare concezione del mondo rischia di determinare, nel caso in cui si reprimano mere opinioni, una frizione con il *principio di laicità* dello Stato.

Questo, infatti, si caratterizza per una scelta dell'ordinamento nel senso della neutralità e dell'equidistanza (ma non dall'indifferenza) rispetto a tali diverse concezioni. Certo è che in tale dibattito viene in gioco, come abbiamo visto, anche il principio della dignità umana sia come principio legittimante l'intervento penale in virtù della rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale prevista all'art. 3 Cost., sia come bene giuridico, offeso dalla condotta incriminata.

Come si ricorderà, parte della dottrina e della giurisprudenza, a seguito della riforma Mancino del 1993, ha individuato nella dignità umana, anziché nella tutela dell'ordine pubblico, il bene giuridico che viene tutelato dagli *hate crimes*.

La difficoltà di aver trasformato un diritto dell'uomo in un dovere dello Stato di punire⁸¹, si accompagna a una smaterializzazione del bene giuridico con

⁸⁰ RICCARDI G., *Omofobia e Legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, cit., pp. 11 ss.

⁸¹ IBID., p. 14. Del resto il riferimento alla dignità umana come principio intangibile è sempre più presente sia nelle Carte fondamentali che nelle pronunce delle Corti supreme. Si pensi all'elaborazione della Corte di Giustizia dell'Unione europea, e in particolare alla sentenza *El Dridi* del 28 aprile 2011 che ha dichiarato il reato di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato incompatibile con la c.d. direttiva rimpatri, sulla base tra l'altro del rispetto del principio della libertà umana. O, ancora, al celebre caso Englaro discusso davanti alla Corte di Cassazione nel 2007. Infine, si pensi alla complessa problematica del c.d. lancio dei nani, vietata a discapito del principio di

“*un’attitudine onnivora*” rispetto ad altri diritti costituzionali. La dignità umana, essendo ricompresa all’interno dei diritti inviolabili dell’uomo, potrebbe risultare difficilmente suscettibile di bilanciamento con altri diritti e libertà garantiti dalla Carta costituzionale. Si pensi ai principi di offensività e materialità, alla libertà di manifestazione del pensiero e, appunto, al principio di sussidiarietà.

Ebbene, l’utilizzo disinvolto del concetto giuridico di dignità umana rischia di “*innescare un processo di soggettivizzazione interpretativa del bene giuridico, ove si consideri che il richiamo è ad un concetto normativo extragiuridico, pregno di significati filosofici e sociali*”. Inoltre, “*la ‘fluidità’ concettuale della dignità umana, che ne comporta ‘prestazioni’ argomentative spiccatamente versatili, rivela tutta la sua natura proteiforme del concetto allorquando si approfondiscano i diversi contenuti, e dunque i diversi ambiti e le diverse funzioni, della nozione*”, fungendo da “*bene-ricettacolo della reazione di panico morale*”⁸². Il rischio, infatti, è una sorta di “*tirannia della dignità*” dovuta alla vaghezza dei contorni e alla duttilità concettuale della stessa.

(A2) In dottrina, il *diritto alla libera manifestazione del pensiero* gioca un ruolo centrale nel dibattito sulla criminalizzazione dell’omofobia. E’ opportuno comunque precisare che il problema si pone a proposito degli *hate speech* e cioè dalle parole d’odio connotate da un movente omofobico che in talune proposte di legge vengono criminalizzate sulla scorta del paradigma della propaganda razzista. Si pensi alle proposte Concia (n. 1658) e Di Pietro (n. 1882) che introducono i concetti di incitazione e istigazione a delinquere per motivi fondati sull’orientamento sessuale⁸³. Se pertanto il bilanciamento con il principio di laicità e di dignità sembra potersi riferire all’intera categoria dell’omofobia quale *hate crime*, la libertà di

autonomia dell’individuo. Tale divieto pare avere qualche connotazione paternalistica e rischia di postulare l’esistenza di doveri verso se stessi, ponendo la dignità umana in conflitto con l’autonomia dell’individuo. Il discorso è complesso e non può qui essere analizzato. Basti però considerare che anche in queste ipotesi è necessario verificare, a parere di chi scrive, l’effettiva sussistenza di un’autonomia scelta da parte dell’individuo che non deve in alcun modo essere coartata.

⁸² IBID., p. 16. L’Autore, poco più avanti, evidenzia che “*in tale dimensione, dunque, la dignità umana, rispecchiando un valore a forte connotazione etico-emozionale, riesce, grazie al contenuto vago ed alla carica emozionale recata a ‘fungere da bene-ricettacolo delle reazioni del panico morale’, e dunque ‘da deus ex machina per la giustificazione di ogni incriminazione’*”. Si veda FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “post-secolarismo”*, cit., pp. 558-559.

⁸³ RICCARDI G., *Omofobia e Legge penale. Possibilità e limiti dell’intervento penale*, cit., p. 27.

manifestazione del pensiero si pone in discussione con la parte di questi che riguarda appunto la mera manifestazione di un'idea.

Il rischio è quello di riproporre e valorizzare nuovamente il paradigma dei reati di opinione.

Parlando di reati di opinione ci si riferisce a fattispecie che incriminano la manifestazione, l'espressione, di un certo contenuto di pensiero. Non però a tutte le fattispecie che incriminano la manifestazione di un atto di pensiero, dato che finirebbero per essere ricomprese anche fattispecie quali l'ingiuria e la diffamazione che pacificamente non hanno niente a che vedere con la categoria dei reati di opinione⁸⁴.

I reati di opinione hanno come caratteristiche principali l'espressione o la manifestazione *recettiva* di un certo pensiero, pensiero non avente un contenuto meramente narrativo o informativo, ma critico.

Inoltre, tali reati si caratterizzano per l'incriminazione in sé della comunicazione di un'opinione, dell'espressione di un'idea o di un giudizio di valore. Pertanto, non ci si concentra sul mezzo espressivo, ma sul fatto stesso dell'espressione di un certo contenuto valutativo. Si tratta dunque di restrizioni "*content-based*" e non "*content-neutral*" della comunicazione del pensiero. In altre parole, esse vietano una certa manifestazione del pensiero proprio in ragione del *messaggio* che viene espresso⁸⁵. L'incriminazione concerne pertanto una condotta turbativa di valori morali, spirituali, ideali, di sentimenti o di sensibilità sovra-individuali, nel senso di diffusi o collettivi, con ciò differenziandosi da fattispecie che aggrediscono valori morali individuali. Si pensi appunto all'ingiuria o alla diffamazione o a reati che aggrediscono sensibilità collettive o diffuse, ma non di alto livello, quali i reati contro il comune senso del pudore⁸⁶.

Storicamente i reati di opinione hanno posto tre tipologie di problemi: di determinatezza, di sproporzione tra reato e sanzione e di offensività⁸⁷.

⁸⁴ SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, 2-3, 689, par. 1.

⁸⁵ IBID., par. 1.1.

⁸⁶ IBID., par. 1.1.

⁸⁷ IBID., par. 1.1. La riforma n. 85 del 2006 corregge solo marginalmente tali problematiche. E' evidente che mentre i primi due problemi sono contingenti e potrebbero essere risolti con un accurato intervento normativo, il *deficit* di offensività risulta per così dire strutturale, *deficit* che rende la

Le domande che pongono tali reati sono fondamentalmente due: *“è legittimo e – se sì – fino a che punto, in che misura, è legittimo, vietare penalmente l’espressione di un’opinione? Ed inoltre, ammesso che in certi casi l’espressione di un’opinione possa essere legittimamente vietata, è legittimo farlo a tutela di valori morali o spirituali sovra-individuali o di sensibilità collettive di alto livello?”*⁸⁸.

Entrambi gli interrogativi rinviano alla tematica della libertà di espressione, prevista all’art. 21 della nostra Costituzione, il quale legittima esplicitamente quelle sole limitazioni che abbiano ad oggetto manifestazioni contrarie al buon costume. Da ciò non discende comunque che il legislatore, salvo i casi di manifestazioni contrarie al buon costume, non sia mai costituzionalmente abilitato a punire condotte consistenti in espressioni di atti di pensiero. Non esistono, infatti, condotte ontologicamente comprese nella garanzia della libertà di espressione e condotte che ne sono ontologicamente escluse⁸⁹.

Il punto è piuttosto che il legislatore non ha il potere giuridico di vietare una condotta solo perché questa comunica un certo messaggio o contenuto di pensiero, una certa idea. *“Qui tuttavia la libertà di espressione trova anche il suo limite”*. In altre parole, *“con essa [...] non contrasterebbe una norma che pure vietasse una condotta tipicamente comunicativa, se la prendesse in considerazione, la considerasse rilevante, non per il contenuto di pensiero comunicato, ma per un qualche aspetto esterno che la connotasse quale modificazione della realtà (fisica, sociale, giuridica)”*⁹⁰.

Riassumendo, pertanto, il principio di libera manifestazione del pensiero esclude che il legislatore abbia il potere giuridico di vietare una condotta esclusivamente in ragione del messaggio, del contenuto di pensiero, da essa veicolato. In altre parole, il contrasto sussiste solo se il divieto è finalizzato ad impedire che sia comunicato il pensiero di un certo soggetto. Sotto altro profilo, il fatto che una norma contenga un divieto di questo genere, non la rende immediatamente illegittima. Infatti, la restrizione della libertà di espressione, operata

categoria dei reati di opinione problematicamente compatibile con il diritto fondamentale alla libera manifestazione del pensiero.

⁸⁸ IBID., par. 2.3.

⁸⁹ IBID., par. 3.1.1.

⁹⁰ IBID., par. 3.1.1.

dalla norma, potrebbe essere giustificata dalla necessità di salvaguardare altri principi o diritti prevalenti su quello⁹¹.

Siccome i *reati di opinione* sono di fatto delle costrizioni “*content-based*”, non sembra che essi possano rientrare in un più generale bilanciamento giustificato dalla presenza di altri principi o diritti. Tale categoria di reati limita, infatti, la libertà di opinione e rientra a pieno titolo nella portata della garanzia costituzionale della libertà di espressione.

Ad ogni buon conto a non reggere di fronte a un vaglio di legittimità costituzionale sta, non tanto quanto detto, ma piuttosto il fatto che tutelare un valore morale sovra-individuale, una sensibilità collettiva rispetto a un contro-valore, denota la costruzione di un *reato privo di una reale concretezza di contenuto*, elemento questo che rende una restrizione della libertà di espressione del tutto ingiustificata.

Quando poi i beni sui quali viene esercitato il diritto di espressione sono ricavabili dalla Costituzione, la limitazione potrebbe sì essere ammessa, ma dovrebbe essere provata una *connessione causale effettiva* tra espressione del pensiero e danno (o pericolo di danno). In materia di reati di opinione, una tale stretta connessione stenta ad emergere: in un sistema democratico tali valori non si impongono con la forza.

Ecco perché il reato di opinione contrasta con la dignità e l'autonomia delle persone, con la partecipazione democratica dei cittadini e con l'evoluzione scientifica e morale della società.

Sotto il primo profilo, infatti, il reato di opinione non ammette l'espressione della propria personalità e, in particolare, del diritto di sbagliare, con ripercussioni sulla partecipazione alla vita di una democrazia deliberativa e dialogica.

Inoltre, risulta inammissibile in uno Stato democratico che vengano imposti dogmi che abbiano ripercussioni sull'evoluzione scientifica e morale della società⁹².

In conclusione, l'incriminazione di un reato di opinione è in contrasto con l'art. 21 Cost. e una norma incriminatrice è pertanto radicalmente incostituzionale

⁹¹ IBID., par. 5.

⁹² IBID., parr. 5.1.4. ss.

tutte le volte in cui la ragione dell'incriminazione stia direttamente nel contenuto (offensivo) dell'opinione espressa⁹³.

Ad ogni buon conto, è opportuno chiarire che la Corte Costituzionale ha salvato spesso norme classicamente riconducibili ai reati di opinione, ricercando un bene giuridico diverso e ulteriore. Tali sentenze interpretative di rigetto non pongono però meno problemi in termini di offensività rispetto alle considerazioni che si sono fin ora svolte⁹⁴.

B) Ebbene, l'inserimento nel nostro ordinamento del reato di omofobia ha posto problemi analoghi a quelli emersi nell'ambito dei reati di opinione, categoria questa nella quale può essere compresa, peraltro, la propaganda razzista di cui all'art. 3 della l. del 1975.

Per inquadrare bene il dibattito è necessario ribadire la distinzione tra *hate speech* e *hate crimes*.

In dottrina, infatti, si è affermato che l'obliterazione di tale distinzione, distinzione peraltro giuridicamente necessaria, rischia di comportare che talune soluzioni legislative vadano oltre il segno⁹⁵. Efficacemente si nota che, se è vero che “*tutti gli alcolisti hanno iniziato bevendo un bicchiere di vino*”, non è altrettanto vero che “*tutti quelli che hanno bevuto un bicchiere di vino sono diventati alcolisti*”. In altre parole, “*un conto è la psicologia sociale e le sue dinamiche, altro è il diritto (penale e costituzionale) e la sua logica*”⁹⁶. L'anticipazione della tutela in tali ipotesi sarebbe così avanzata da porsi in contrasto con i principi cardine del diritto penale. Peraltro, tra libertà di espressione e democraticità dell'ordinamento, come abbiamo

⁹³ IBID., par. 5.3. L'Autore chiarisce che se l'opinione sia espressa in una forma offensiva e irriflessiva, non per questo essa può essere esclusa dal raggio di applicazione dell'art. 21 Cost. Certo diversa è la questione se le modalità espressive ingiuriose sono contrarie al buon costume e come tali non sono coperte dalla garanzia di cui all'art. 21 Cost.

⁹⁴ Si veda *funditus* IBID., par. 6. La Corte Costituzionale ha, infatti, spesso chiarito che queste incriminazioni sarebbero poste, non tanto a tutela di valori morali sovra-individuali (es. patriottismo, prestigio delle istituzioni), della loro integrità concettuale (l'idea dello Stato) o di una sensibilità collettiva rispetto ad essi, ma a prevenire ulteriori pericoli. Si pensi ai reati di vilipendio politico che sarebbero volti a prevenire il pericolo di “ingiustificate disobbedienze” che potrebbero derivare dall'espressione di disprezzo nei confronti dello Stato, o ancora nel caso dell'art. 414 c.p., nel quale la Corte ha trasformato l'apologia di reato (che consiste nella semplice esaltazione pubblica di fatti delittuosi) in una istigazione indiretta di delitto. Allora, l'interprete si trova così costretto o a riconfigurare tali fattispecie come reati di pericolo concreto implicito o come reati di pericolo astratto. Si veda op. cit., par. 6.

⁹⁵ PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, cit., p. 75.

⁹⁶ IBID., p. 75.

notato, esiste un rapporto simbiotico, perché “*la democrazia di fonda sul consenso, ma il consenso politico [...] per essere davvero tale, deve essere informato*”⁹⁷.

Ricostruire il reato di omofobia nei termini di incriminazione della diffusione di idee omofobiche o di istigazione a porre in essere discriminazioni fondate sugli orientamenti sessuali rientra, senza dubbio, all'interno della categoria dei reati di opinione. Così facendo si arriva a una forte limitazione del diritto di libertà di espressione e a una *democrazia “protetta”* poiché si incriminano meri discorsi, per quanto odiosi essi siano, che non sfociano neanche nel compimento di atti discriminatori.

Si ricorda così che la nostra democrazia, aperta, “*è intollerante verso gli intolleranti*”, ma che considera tali chi ricorre a una violenza materiale e non coloro che esprimono pensieri violenti⁹⁸.

I reati di opinione sono così soggetti a un “peccato originale” che non deve diffondersi a nuove fattispecie incriminatrici. Altrimenti opinando, il rischio è che lo strumento penale si riveli inefficace e inerme di fronte alle reali esigenze di tutela. La norma penale deve, infatti, essere ricostruita nei termini di una concreta offensività dovendo, in assenza di tale requisito, essere utilizzati strumenti diversi da quello penale e, in particolare, strumenti culturali, sociali e politici. La stessa configurazione di una circostanza aggravante, simile a quella prevista dall'art. 3 della l. del 1975, imporrebbe una necessaria contestualizzazione della vicenda e la verifica di una condotta criminosa concretamente rivelatrice di finalità discriminatorie⁹⁹.

⁹⁷ IBID., p. 75.

⁹⁸ IBID., p. 78.

⁹⁹ PAVICH G. – BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente*, cit., p. 24. Gli Autori analizzano, infatti, un atteggiamento giurisprudenziale molto interessante che ricerca nella circostanza aggravante della finalità di discriminazione razziale l'impiego di modalità di commissione del reato consapevolmente fondate sul disprezzo razziale, restando irrilevanti altre ragioni alla base della condotta. Si veda *funditus* op. cit. pp. 25 ss. per ulteriori orientamenti. Il puro pensiero infatti non può delinquere. Di conseguenza, a parere degli Autori non sembrano condivisibili quelle sentenze della Cassazione secondo le quali l'incitamento ha un contenuto fattivo di istigazione alla condotta che realizza un comportamento generale, un *quid pluris* rispetto a una manifestazione di opinioni, ragionamenti o convincimenti personali. Si veda op. cit. pp. 31 ss.

L'esigenza di un bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali impone di valutare attentamente la sussistenza di limiti c.d. impliciti all'esercizio della libera manifestazione del pensiero.

(a) I limiti dell'ordine pubblico ideale, dell'uguaglianza, della dignità umana sganciata dalla singola persona offesa, rischiano di creare un vero e proprio cortocircuito. Si pensi, in tale ultimo caso, al fatto che anche l'esercizio della libertà di opinione, che si vorrebbe limitare, è essa stessa esplicazione della dignità umana individuale della persona concretamente accusata di diffondere discorsi d'odio in contrasto con un'idea collettiva di dignità umana¹⁰⁰. Il problema di proporre la difesa di una determinata concezione della dignità umana astrattamente intesa verte nell'assenza di una formulazione che contempli *“una sorta di bilanciamento ad hoc affidato al giudice in sede applicativa: le manifestazioni in astratto punibili, lo sarebbero in concreto solo se – per i modi usati, il pubblico destinatario, il collegamento con dibattiti in corso – non si debba invece far prevalere l'esercizio della libertà di espressione”*¹⁰¹.

(b) Quanto alla sussistenza dei limiti logici alla libertà di espressione, questa è la strategia usata, come abbiamo visto, dalla Corte Costituzionale per salvare i reati di opinione quali l'istigazione, l'apologia, la propaganda sovversiva. Infatti, la libertà di manifestazione del pensiero non risulta più tale quando si risolva in un principio di azione. Tale distinzione può spesso, purtroppo, risultare inappagante qualora la critica emersa sia *“seria, composta, documentata, penetrante e persuasiva”*¹⁰².

La giurisprudenza della CEDU si rivela, in realtà, largamente assolutoria nei confronti di scelte penali nazionali sanzionatrici di discorsi d'odio e spesso si invoca l'art. 117 co. 1 Cost. per giustificare i nuovi reati di opinione.

Sul punto non è qui possibile soffermarsi. Basti però rilevare da un lato, che la Corte Costituzionale ha chiarito che se deve darsi esecuzione ai trattati

¹⁰⁰ PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, cit., p. 81.

¹⁰¹ IBID., p. 81.

¹⁰² IBID., p. 82. E' opportuno comunque segnalare che la giurisprudenza di legittimità tende ad affermare il principio secondo il quale il diritto di libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) incontra dei limiti laddove esso si ponga in contrasto con il principio di pari dignità dei cittadini (art. 3 Cost.). Del resto è la stessa giurisprudenza costituzionale a precisare che *la libertà di manifestazione del pensiero non può spingersi oltre il limite segnato da altri principi costituzionali fondamentali*. Molto interessante sul punto, RICCARDI G., *Omofoobia e Legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, cit., p. 17.

internazionali, la norma non deve comunque contrastare con le disposizioni costituzionali; dall'altro lato la Corte di Strasburgo ritiene, invece, in linea di massima compatibile con la libertà di pensiero la repressione dei discorsi d'odio. Certo è che la Corte ha elaborato una serie di limiti all'esercizio di tale diritto, definito come *condizionato*: una libertà cioè delimitata da una serie di variegati contro-interessi¹⁰³. A questo punto, è opportuno ricordare che la protezione accordata dalla CEDU rappresenta uno *standard* minimo comune ai Paesi membri del Consiglio d'Europa, ma non mette in discussione un livello di tutela nazionale più elevata. L'Italia si trova in tal caso ad essere ben più garantista delle norme convenzionali¹⁰⁴.

3. *Prospettive de iure condendo alla luce del dibattito sull'harm e sull'offence.*

Partire dalla constatazione della sussistenza o meno di una reale emergenza omofobica nel nostro Paese non sembra dirimente ai fini della nostra indagine. Infatti, anche un solo caso di omofobia è un caso di troppo e si rende necessaria l'analisi di una prospettiva *de iure condendo* in materia.

Come è noto, il diritto penale soffre spesso una crisi di solitudine che lo vede come prima e unica *ratio* di tutela.

La domanda fondamentale dalla quale dobbiamo partire è se i tanto auspicati e richiamati controlli sociali siano sufficienti a reprimere una condotta omofobica.

Molti¹⁰⁵, in attesa del “miracolo”, hanno invocato il riposo del legislatore, evitando la confusione tra l'agire e l'agitarsi.

Condividendo tale premura, riteniamo che sia necessaria una preliminare distinzione di fondo, specie se si considera che il problema dell'omofobia è complesso e delicato specie perché si tratta di districarsi tra esigenze di tutela reali e supposte.

¹⁰³ Si veda *funditus* RICCARDI G., *Omofobia e Legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, cit., p. 29.

¹⁰⁴ PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, cit., p. 83.

¹⁰⁵ Autorevolmente, MANTOVANI F., *I delitti di omofobia e di transfobia e le inquietudini giuridiche*, cit., p. 4

Si ricorderà, in proposito, che abbiamo cercato, nei precedenti paragrafi, di confutare argomenti basati sulla c.d. discriminazione alla rovescia, sulla rieticizzazione del diritto penale attraverso l'incriminazione dell'omofobia – o quanto meno di una certa ricostruzione della stessa – e l'attuale presenza di fattispecie generali già idonee a proteggere tali condotte.

Ebbene, riteniamo, come abbiamo precisato, di dover sfatare un equivoco di fondo e, di conseguenza, procedere con una distinzione tra l'istigazione (*mera*) a commettere atti discriminatori e la commissione *effettiva* di tali atti, magari con condotte di violenza o minaccia.

La ragione di tale distinzione risiede nel fatto che riteniamo che solo nel primo caso possa emergere, ricostruendo la fattispecie come *hate speech*, un'esigenza di tutela e di bilanciamento con la libertà di manifestazione del pensiero.

Nel secondo caso, invece, l'impiego di una condotta violenta (o l'istigazione a commettere tali atti poi seguita dalla effettiva commissione) colloca la condotta fuori dal raggio di applicazione da un lato, della tutela della libertà di manifestazione del pensiero, dall'altro, dall'ambito dei reati di opinione.

In tali casi, i controlli sociali e la presenza di fattispecie generali che esprimano una diversa (e generica) offensività non centrano nel segno.

In particolare, infatti, riteniamo di condividere le perplessità espresse in dottrina, relative al complesso rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero e istigazione.

La prima, infatti, costituisce la “pietra angolare dell'ordine democratico”¹⁰⁶ e impone che ogni valutazione in tema di dignità dell'individuo denoti una concreta pericolosità per il bene giuridico tutelato, non essendo sufficiente una mera valutazione astratta di essa. La libertà di manifestazione del pensiero è, infatti, essa stessa esplicazione della dignità umana.

Se il legislatore deve sì trovare il bene giuridico nella società, i reati di opinione si caratterizzano per ben altri contenuti. Il bene giuridico qui tutelato è, infatti, strutturalmente debole e privo di concretezza, oltre che in contrasto con i più basilari principi cardine del diritto penale.

¹⁰⁶ PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, cit., p. 75. L'Autore cita la celebre sentenza della Corte Costituzionale n. 84 del 1969.

Quando poi parliamo della commissione effettiva, violenta (o meno) di atti discriminatori il discorso si fa molto diverso.

Ecco che qui la scelta del legislatore non risulta più rimandabile, tramutandosi altrimenti, lo stallo, in una precisa opzione legislativa.

Pertanto, se in linea di massima non scandalizza l'estensione alle condotte omofobe della legge del 1975 (almeno in quella parte in cui si parla di effettiva commissione del reato) poiché è l'unico strumento presente in materia di discriminazioni nel nostro ordinamento, sarebbe auspicabile cogliere quest'*occasione* per *razionalizzare* e regolare diversamente la materia.

Da un lato, l'esistenza di gruppi effettivamente vulnerabili costituisce una ragione sufficiente per l'intervento, essendo privo di significato l'argomento della discriminazione alla rovescia.

Dall'altro lato, la reale verifica dell'ammissibilità dell'intervento penale deve essere compiuta sul piano dell'offensività in astratto, dell'*extrema ratio*.

Nella discussione *de iure condendo* relativa alla razionalità e all'opportunità politico-criminale della criminalizzazione delle condotte omofobiche, il principio di offensività non può che venire in rilievo innanzitutto come canone di politica-criminale¹⁰⁷. Per evitare l'aggiramento ermeneutico di tale principio è necessario comprenderne la reale portata, con lo sforzo necessario di non rendere evanescenti i due parametri di riferimento di esso: il bene giuridico e l'offesa.

La fattispecie deve avere beni afferrabili, anche nell'ipotesi in cui si tratti di interessi superindividuali e tipizzare l'offesa attraverso i requisiti di danno o quanto meno di pericolo concreto¹⁰⁸.

Strettamente collegato è, poi, il principio di materialità che richiede l'incriminazione esclusiva di fatti materialmente avvenuti nel mondo esterno e, dunque, suscettibili di percezione sensoria¹⁰⁹.

Ciò chiarito, a noi pare evidente che le fattispecie penali esistenti non siano idonee a esprimere lo specifico disvalore di una condotta di lesione, percosse e così via "aggravate" dal motivo *latu sensu* omofobico.

¹⁰⁷ Sul punto, molto interessante RICCARDI G., *Omofobia e Legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, cit., pp. 24 ss.

¹⁰⁸ IBID., p. 25. Evidentemente, l'incriminazione di meri atti preparatori o condotte incentrate sull'atteggiamento interiore dell'autore non colgono nel segno.

¹⁰⁹ IBID., p. 26.

Questo aspetto non è infatti neutrale: il disprezzo, l'odio o il sentimento di superiorità nei riguardi della vittima denotano una particolare offensività del fatto.

Si rilevi, inoltre, che di non poco impatto risulta, in tale materia, la depenalizzazione dell'ingiuria, oggi illecito civile di nuovo conio.

Allora, se la predisposizione di una fattispecie autonoma di omofobia può probabilmente – ma il tutto dipenderebbe dalla costruzione della norma incriminatrice da parte del legislatore – risultare problematica, specie per la complessa individuazione del bene giuridico protetto e della rischiosa realizzazione, a meno di non ricostruire la fattispecie in termini di determinatezza, di un intento promozionale del diritto penale, l'introduzione di una circostanza aggravante di parte generale può risultare assolutamente conforme a tale esigenza.

Infatti, proprio il principio di laicità impone che l'ordinamento si manifesti come equidistante rispetto a tali problematiche e, anzi, in virtù del principio di eguaglianza sostanziale deve tutelare vittime considerate vulnerabili nel nostro ordinamento.

Quest'ultimo principio non deve essere utilizzato con finalità promozionale, ma di tutela a fronte della commissione di una condotta effettivamente lesiva dell'incolumità e della libertà individuale del soggetto.

Il legislatore deve, infatti, impegnarsi in uno sforzo di definizione di ciò in cui consiste un atto di discriminazione¹¹⁰.

Proprio per evitare un impiego distorto della categoria del bene giuridico e dell'offensività, è necessario che la norma sia chiaramente ricostruita in termini di tassatività con l'impiego di termini definiti e non vaghi e indeterminati. Riteniamo che tale obiettivo sia raggiungibile.

Del resto lo stesso uso dell'*harm e offence principle* mostra ancora una volta come il principio di autonomia personale e quello del *danno* ad altri, sia in grado di esprimere correttamente il disvalore, specifico e astratto delle condotte.

Si renderà allora necessaria la costruzione di una norma che, valorizzando il concetto di signoria dell'individuo su stesso, verifichi l'esistenza di un danno effettivo cagionato dalla sua condotta, a un altro individuo – o a un interesse

¹¹⁰ GOISIS L., *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, cit., pp. 14 ss. Si veda in proposito l'esperienza francese nonché le definizioni utilizzate a livello sovranazionale.

collettivo nei termini di cui si è detto – onde procedere alla sola incriminazione di quelle condotte che provochino un *harm* dato dalla commissione concreta di discriminazioni lesive della libertà del singolo. Ogni altra condotta, nella specie manifestante una mera opinione del soggetto, non potrà essere incriminata, in virtù delle considerazioni che si sono svolte.

Le condotte omofobiche coprono il raggio di applicazione, secondo la terminologia di *common law*, dell'*harm* più che dell'*offence*. Non si tratta infatti di incriminare condotte che provocano un disgusto o che, più in generale, tutelino dei sentimenti nei termini precisati. Si tratta più direttamente di condotte aggressive di determinati *interessi* colpiti *ingiustamente*. Così, le massime di mediazione che dovranno essere impiegate per la costruzione della norma sono quelle attinenti al danno.

In particolare, quanto all'“arretramento degli interessi” sarà necessario verificare l'entità e la probabilità di verificazione del danno, quanto al “*wrong*”, il legislatore dovrà soppesare gli interessi in gioco collocandoli in una scala gerarchica che mostri l'effettivo pregiudizio degli stessi, l'interesse che risulta essere più importante rispetto all'altro, anche perché avvalorato da altri interessi pubblici o privati, e così via enumerando. Proprio per questo, riteniamo di dover ribadire la distinzione, in applicazione del *favor libertatis*, tra l'istigazione mera a commettere atti discriminatori e la commissione effettiva di essi, aggravata dalla maggiore carica offensiva dei motivi, in senso lato, omofobi.

Mentre, infatti, per incriminare una mera istigazione, non certo auspicabile, il legislatore dovrebbe bilanciare tale esigenza con il diritto alla libera manifestazione del pensiero, oltre che con un'altra serie di principi più strettamente penalistici quali il divieto di incriminazione del mero accordo a commettere un reato sancito dall'art. 115 c.p., per incriminare la commissione effettiva di tali atti o l'istigazione seguita dalla loro commissione, i problemi suddetti non sussistono.

Ebbene, è opportuno in conclusione tentare di delineare una possibile norma incriminatrice delle condotte omofobiche, la quale dovrebbe suonare così:

“Aggravano il reato ... le circostanze seguenti ... l'aver il colpevole commesso un delitto non colposo in ragione dell'omosessualità o della transessualità della persona offesa”.

Infatti, in primo luogo, come abbiamo chiarito, elaborare una nuova circostanza aggravante evita il rischio di costruire una fattispecie autonoma eminentemente simbolica e con un bene giuridico (o un interesse) evanescente, quale la dignità umana. In secondo luogo, sarebbe opportuno cogliere l'occasione per razionalizzare la materia, inserendo la circostanza aggravante nel codice penale nella parte generale, più che nella legge del 1975 che, come abbiamo visto, presenta notevoli problemi interpretativi.

Così ricostruita, la circostanza aggravante, di parte generale, riuscirebbe ad esprimere efficacemente il disvalore della condotta. Limitare tale circostanza ai soli reati contro la persona, rischierebbe di lasciar fuori dalla tutela reati commessi in ragione dell'omosessualità o della transessualità della vittima che vadano però a colpire, anche gravemente, altri settori tutelati dall'ordinamento. Si pensi ai reati contro il patrimonio.

Una precisazione finale. Una circostanza aggravante così ricostruita non potrebbe essere applicata ai delitti colposi. Le caratteristiche della condotta impongono che l'agente si sia mosso con la coscienza e la volontà di compiere quella determinata condotta per motivi di omofobia, sussistendo altrimenti un'incompatibilità logica tra la direzione della condotta e l'effetto prodotto dalla stessa.

La battaglia contro l'omofobia e la transfobia, se rappresenta in primo luogo una battaglia culturale e sociale, impone una scelta chiara del legislatore da un punto di vista giuridico-penale. L'assenza di una scelta rischia infatti di tramutarsi in una precisa opzione legislativa. Il problematico bilanciamento tra gli interessi in gioco non può esimere dalla ricostruzione di un sistema intollerante verso gli intolleranti, specie se alle parole seguono i fatti.

CAPITOLO V

PER UNA RI-LEGITTIMAZIONE DELL'INTERVENTO PUNITIVO DELLO STATO. VERSO L'ABBANDONO DEL BENE GIURIDICO?

SOMMARIO: 1. Panorami interpretativi alla luce dell'analisi comparatistica. Le insufficienze del concetto di bene giuridico e la prospettiva di *common law*. – 1.1. I percorsi interpretativi della dottrina italiana: da una lettura sinergica dei principi in tema di scelte di criminalizzazione all'abbandono del concetto di bene giuridico. – 1.1.1. L'abbandono del bene giuridico e l'accoglimento di un modello procedurale di democrazia. – 2. Dalla meritevolezza alla sussidiarietà penale. Offensività, *harm* e *offence principle* e le conseguenze in tema di scelte di depenalizzazione ed *extrema ratio*. – 2.1. L'impiego del concetto di "autonomia personale" per distinguere gli illeciti penali da quelli punitivi amministrativi. – 3. Considerazioni conclusive: modelli di diritto penale, tipi di morale e di democrazia. – 3.1. Il rifiuto del dogma dell'esclusione della morale nel campo del diritto penale: diritto penale moralizzato e diritto penale a tutela di una "morale minima". – 3.2. Verso l'abbandono del bene giuridico? L'accoglimento del *principle of harm* nella visione di Joel Feinberg. – 3.3. L'accoglimento di una teoria aperta della criminalizzazione. Il collegamento con le teorie della democrazia. – 4. Quale futuro per l'offensività e l'*harm*.

1. Panorami interpretativi alla luce dell'analisi comparatistica. Le insufficienze del concetto di bene giuridico e la prospettiva di common law.

Parlare di "fondamenti del diritto penale" implica la considerazione che esso abbia una struttura solida, connotata da costanti e basilari elementi. Il diritto penale è infatti un *sistema*, storicamente connotato, che va dalla predisposizione di principi generali alla effettiva irrogazione della sanzione restrittiva della libertà personale.

Il diritto penale si inserisce tra quelle branche del diritto che più di altre sono influenzate dalle contingenze storiche e sociali che caratterizzano la società in cui viviamo. Non è un caso che per molti secoli esso sia stato, e sia tutt'oggi almeno in parte, monopolio nazionale: vi è una connessione inscindibile tra diritto penale, tipo di società e di democrazia e i suoi cittadini. Venuto meno ogni riferimento alla divinità, alla funzione cioè del diritto di guidare i sudditi verso la salvezza

ultraterrena, è stato necessario ricercare una nuova giustificazione dell'esercizio del potere pubblico¹.

Così, per capire il diritto penale e identificarne i fondamenti è necessario comprendere la sua storia e il contesto sociale e politico di riferimento e non solo il piano, per così dire, del suo dover essere².

Il principio di offensività è, infatti, uno di quei principi che fonda e limita il diritto penale e, in particolare, la legittimazione del potere punitivo dello Stato sull'individuo.

Come abbiamo visto, se il principio di offensività è una declinazione contemporanea del diritto penale del fatto, tradizionalmente contrapposto al diritto penale d'autore³, non coincide esattamente con esso poiché *“lo contiene e lo supera: se un reato è di pericolo presunto e la presunzione legale di pericolosità non è ragionevole, la violazione dell'offensività (e della ragionevolezza) non significa che la fattispecie sia espressione sicura di un diritto penale d'autore”*⁴. L'offesa costituisce pertanto una componente oggettiva dell'illecito.

Il principio di offensività da solo non è in grado, però, di fornire *limiti sicuri* all'autorità pubblica. Esso deve combinarsi con un'altra serie di principi, primi fra tutti l'*ultima ratio*, la ragionevolezza e la proporzione che servono a individuare la motivazione o la motivabilità dell'opzione penale⁵.

Il principio di proporzione, a differenza dell'offensività, per esempio, è relativistico e utilitaristico, e perciò caratterizzato da notevole successo applicativo. Esso deve essere concretizzato “sulla scelta di ogni ordinamento” e sulla griglia di altri principi costituzionali e sovranazionali⁶.

L'offensività, quindi, si caratterizza per essere da un lato, criterio di conformazione legislativa dei fatti punibili e, dall'altro, criterio giudiziario-

¹ FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, cit., p. 10.

² Interessanti analisi sul punto in DUFF R.A. – GREEN S.P., *Introduction: Searching for Foundations*, in *Philosophical Foundations of Criminal Law* (a cura di Duff R.A. – Green S.P.), Oxford University Press, Oxford – New York, 2011, p. 2.

³ DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 15.

⁴ IBID., p. 16.

⁵ IBID., p. 16.

⁶ IBID., p. 19.

interpretativo⁷. Queste caratteristiche rappresentano la sua *cifra caratteristica* che lo differenziano da criteri di legittimazione dell'esercizio punitivo presenti in altri Paesi.

In un'ottica europea, non si può però parlare di un *profilo costituzionale* del principio di offensività, anche se esiste, una "*cultura dell'offensività*"⁸. Il principio di offensività, così come noi lo conosciamo, è un "*prodotto italiano*"⁹. "*Non è invece un prodotto italiano, ma europeo, l'idea che le norme penali debbano tutelare beni giuridici afferrabili, consistenti in situazioni obiettivamente aggredibili e diverse dal disvalore etico della condotta in sé considerata, attuando un intervento che obbedisca a criteri di effettività e sussidiarietà (c.d. minimalismo penale), esprimendo l'illecito penale situazioni di dannosità sociale pronunciata*"¹⁰.

La ragione per cui tali principi non vengono previsti, almeno esplicitamente, nelle varie Costituzioni, né se ne fa cenno nei progetti europei, risiede in buona sostanza, nel fatto che si tratta di principi di politica criminale, "*come tali*

⁷ FIANDACA G., *L'offensività è un principio codificabile?*, cit., p. 5. Peraltro, a seguito delle proposte di concretizzazione legislativa del principio di offensività, si è chiarito che tale principio non può assurgere a principio "tiranno" ma deve essere bilanciato con altri principi e altre esigenze. Così, "*se si vogliono evitare gravi inconvenienti (in termini di conflitto o di tensione con il principio di legalità) connessi a un'autonoma e piena concretizzazione giudiziale del principio di offensività, è lo stesso legislatore che deve farsi carico – beninteso, con l'auspicabile ausilio di una dottrina davvero capace di operare come scienza della legislazione – di indicare in sede normativa: o i presupposti fondanti un'indefettibile offensività quale elemento strutturale della fattispecie incriminatrice; ovvero i criteri o regole sulla cui base il giudice è tenuto ad accertare di volta in volta la concreta inoffensività del fatto*". La concezione realistica del reato continua, peraltro, a presentare obiezioni difficilmente superabili e tradizionalmente mosse dalla dottrina italiana alla scuola torinese.

Così la prospettiva di concretizzazione legislativa dell'offensività non può che riguardare *il piano delle singole incriminazioni*. Sugli spazi del principio di offensività nei termini di criterio ermeneutico utilizzabile in sede di applicazione giudiziale si veda *funditus* op. cit., pp. 5 ss. In via di sintesi, è opportuno affermare che "*finché il giudice continuerà a non disporre di criteri o indici normativamente prefissati idonei a guidarlo nel saggiare lo spessore lesivo del fatto, la verifica giudiziale dell'offensività sarà esposta al rischio di ancorarsi anche a parametri extralegali di giudizio, con aggiramento più o meno palese del principio di legalità*". L'atteggiamento astensionistico in merito alla codificazione del principio di offensività a fronte del Progetto Grosso risultava pertanto la strada privilegiata dall'Autore. Si veda op. cit., p. 9.

⁸ DONINI M., *Prospettive europee del principio di offensività*, in *Offensività e Colpevolezza* (a cura di Cadoppi A.), CEDAM, Padova, 2002, p. 110. Si veda sulla possibilità di riconoscere delle basi politiche e culturali per l'affermazione in Europa di un principio penalistico di offensività op. cit., pp. 121 ss. e in particolare sulla distinzione tra la sussidiarietà comunitaria e quella italiana.

⁹ PALAZZO F.C., *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione, Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1996; ancora, PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., pp. 350 ss. e PALAZZO F.C., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999.

¹⁰ DONINI M., *Prospettive europee del principio di offensività*, cit., p. 112. L'Autore cita l'elaborazione di matrice tedesca dell'*Alternativ-Entwurf*, le elaborazioni in Spagna del *Tribunal constitutional* e la presenza nel diritto penale inglese dell'*harm principle* come base del minimalismo penale, nonché il *de minimis principle* del *Model Penal Code* statunitense.

riguardanti doveri politici del legislatore e non parametri di legittimità giuridico-costituzionale delle leggi penali"¹¹.

Altro elemento caratteristico della nostra offensività (ma non solo) è quello di unirsi e fondarsi con la teoria del bene giuridico. In particolare, l'offensività impone che il fatto tipico, e di conseguenza il bene giuridico tutelato, debba seguire i connotati essenziali del volto costituzionale dell'illecito penale¹². Il fatto deve risultare così lesivo o pericoloso, irriducibile a una mera disubbidienza del suo autore, a una sua intenzione o a una sua immoralità. La dannosità sociale si presta dunque a un vaglio di ragionevolezza dovendo essere compatibile con il rango del bene tutelato¹³.

E' noto che la teorica del bene giuridico è stata recentemente sottoposta a vaglio critico, proprio per le caratteristiche strutturali della categoria del *bene giuridico*. E' opportuno pertanto chiedersi se esista un'alternativa all'impiego di tale concetto, nel nostro sistema di *civil law* legato all'offensività, e se questo sia ammissibile nel nostro ordinamento. Si tratta insomma di rispondere alla domanda se il bene giuridico sia una categoria anacronistica da accantonare.

Inutile negare che tale concetto rimane strutturalmente "*debole, manipolabile e troppo cedevole rispetto alle crescenti domande di penalizzazione provenienti dalla società (acriticamente e strumentalmente) e fatte proprie dalle forze politiche*"¹⁴. Lo Stato può infatti approfittare di tali caratteristiche per estendere, più che restringere, l'area del penalmente rilevante. Ecco perché abbiamo parlato più volte del processo di smaterializzazione del bene giuridico.

Al di là delle difficoltà presenti in ogni ordinamento di restringere l'area del penalmente rilevante, resta il fatto che il bene giuridico risulta essere un'entità concettuale *politicamente sensibile* e perciò problematica dato che si rivela essere fortemente influenzata dalle *contingenti* esigenze politico-criminali¹⁵. Nel nostro

¹¹ IBID., p. 114.

¹² Sul significato di tale terminologia abbiamo discusso ampiamente all'inizio della presente trattazione. Si rammenteranno, infatti, le caratteristiche della teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico da una sua accezione "forte" a una "debole", e i più recenti suggerimenti in tema di approccio costituzionale al diritto penale, senza che questo significhi accogliere la teoria bricoliana.

¹³ DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 17.

¹⁴ FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, cit., p. 123.

¹⁵ IBID., p. 123. Ecco perché, come è noto, la Commissione Bicamerale del 1997 aveva proposto di costituzionalizzare espressamente la concezione costituzionale dei beni giuridici. La dottrina aveva

ordinamento, pertanto, esso assume le vesti di una teoria rassicurante che contribuisce sì a comprendere il reato ma che, allo stesso tempo, ha tradito le sue aspettative illuministiche.

Nella dottrina più recente si è sviluppato, così, un certo *disincanto* verso tale concetto, nonostante se ne sia tentata una lettura costituzionalmente orientata, specie nell'ottica di costruire un "argine" rispetto ad un'espansione incontrollata dell'area del penalmente rilevante¹⁶.

Per la verità non sempre tale disincanto si è riversato nella ricerca costruttiva di un'alternativa valida ed efficace a tale categoria. Certo è che il riferimento al bene giuridico non può essere da solo sufficiente a giustificare la creazione o il mantenimento di una fattispecie penale, essendo necessario che l'intervento penale si giustifichi sulla base di un'altra serie di principi e criteri.

Ecco che sono necessari criteri politico-criminali ulteriori che presiedano alla decisione legislativa in tema di tutelabilità penale di un determinato bene.

Tali criteri vanno appunto dalla meritevolezza alla sussidiarietà e costituiscono la risposta a una serie di domande alle quali il legislatore è tenuto a rispondere *gradatamente*.

In particolare, quella determinata entità giuridica è meritevole, astrattamente, di tutela penale? Essa è bisognosa di pena? Tali considerazioni tornano alla luce della necessaria applicazione del criterio dell'*extrema ratio* e poi di sussidiarietà dell'intervento penale?

Il punto di partenza, infatti, è costituito dall'*emersione* di un'entità, di un *quid*, chiamato appunto bene o interesse, tale da far apparire *prima facie* plausibile l'esigenza di una salvaguardia penale. Se il bene fosse privo di una *seria apprezzabilità* il ricorso alla pena non sarebbe, infatti giustificato in base al principio di proporzione¹⁷.

evidenziato in proposito che tale nuova norma avrebbe avuto fondamentalmente un ruolo simbolico e sarebbe stata, per molti aspetti, poco opportuna. Sarebbe infatti seguito, con tutta probabilità, un cavilloso dibattito sul concetto di "rilevanza costituzionale" dei beni tutelabili con un probabile contenzioso di fronte alla Corte Costituzionale, con accentuazione del suo ruolo politico-discrezionale.

¹⁶ IBID., p. 122.

¹⁷ IBID., p. 127.

Individuato poi il bene o interesse candidato alla tutela penale, il legislatore è chiamato a svolgere un'altra verifica, stavolta non in termini di *meritevolezza* astratta del bene, ma di *pena*. Questa seconda verifica attiene perciò al fatto che la condotta deve realizzare un attacco così grave al bene da proteggere da far apparire giustificato il ricorso alla sanzione penale, in termini di proporzione tra aggressione criminale e reazione statuale¹⁸.

Tale giudizio non è però esaustivo. E' infatti necessaria una verifica in termini di *bisogno o necessità di pena*. In altre parole, *“di fronte a un comportamento già valutabile in sé come ‘meritevole’ di punizione, rimane da vagliare l’effettivo ‘bisogno’ della punizione stessa”*¹⁹ e, cioè, se vi sia una rigorosa necessità di ricorrere a una sanzione (penale) capace di incidere sulla libertà personale. Si tratta di effettuare una prognosi, basata anche su dati empirici e criminologici, di effettiva idoneità della sanzione penale a raggiungere lo scopo di tutela, onde evitare norme di diritto penale simbolico scarsamente confacenti rispetto al principio di effettività.

La valutazione finale si effettua in termini di *extrema ratio*. Tale principio affonda le sue radici nella concezione del carattere sussidiario del diritto penale²⁰, secondo la quale si considera legittimo il ricorso alla pena soltanto nei casi in cui il ricorso a una sanzione meno invasiva di quella penale non sia parimenti (o maggiormente) efficace.

Ciò detto, un dato che non è possibile trascurare in questa scala graduale e che il legislatore deve seguire ai fini dell'intervento penale, è un dato di “psicologia collettiva” che mostra come il fenomeno della punizione metta in moto dei *“fattori irrazionali a sfondo emotivo, che finiscono inevitabilmente con l’influenzare il giudizio sulla meritevolezza e necessità di pena”*. Rimane così da chiedersi in che misura sia effettivamente esigibile un rigore “scientifico” in tali scelte. Apprezzamento questo che mostra un notevole impatto anche rispetto a un controllo di costituzionalità da parte della Consulta e, in particolare, nella possibilità e nella profondità di una valutazione del merito delle scelte normative²¹.

¹⁸ IBID., p. 127.

¹⁹ IBID., p. 127.

²⁰ IBID., p. 126.

²¹ IBID., p. 129.

Ma vi è di più. Se è vero che le difficoltà relative all'afferrabilità del concetto di bene giuridico hanno spinto la dottrina a ricercare altri criteri, oltre a quello strettamente di offensività, per verificare l'effettiva meritevolezza di esso nei termini ora esposti, possiamo chiederci se tali criteri siano comunque *sufficienti a sanare la manipolabilità e cedevolezza* del concetto di bene giuridico. In particolare, riteniamo che sussista un insanabile problema relativo al primo dei passaggi indicati e cioè quello che vede operare la scelta sulla apprezzabilità e meritevolezza del *quid* che va a costituire il bene giuridico.

Infatti, il concetto di bene giuridico sulla cui base effettuare la selezione iniziale delle condotte resta dai contorni tutt'altro che netti²², tali per cui con difficoltà la valutazione in termini di effettiva apprezzabilità del ricorso alla pena può essere fatta. Come è noto, controverso è quale sia il contenuto essenziale del bene giuridico. Si tratta di valori ideali dell'ordine sociale? Di unità funzionali di valore per la realizzazione dell'uomo? Peraltro, i beni giuridici non sono prerogativa del solo diritto penale.

In conclusione, il contributo offerto dalla teoria del bene giuridico “*alla ideologia del diritto penale [è] oggi sopravvalutato*”²³. Non solo. “*prima della loro giuridicizzazione i beni sono tali nell'ambito del sociale: quali tra le unità di funzione diventano beni giuridici e quali tra esse sarà opportuno tutelare specificamente in via penale non è detto dalla teoria del bene giuridico*”. In particolare, “*il quid in più che legittima la sanzione criminale sarà da trovare al di fuori del bene stesso*”²⁴.

Ecco allora che rivolgere l'attenzione alla tradizione del liberalismo anglo-americano può risultare molto utile. Questa strada, per la verità poco battuta dal giurista continentale, può risultare, invece, assolutamente confacente alle nostre esigenze.

²² ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, cit., p. 417.

²³ IBID., p. 417.

²⁴ Autorevolmente IBID., p. 418. Peraltro, su molti beni è difficile negare la pratica utilità di un'anticipazione della tutela. Ecco che tale considerazione attenua di molto la portata delimitatrice del bene giuridico. “*Sottolineando la legittimità di incriminazioni di condotte anche largamente anticipatrici di un'effettiva lesione, l'ancoraggio che il bene giuridico vorrebbe rappresentare si fa meno fermo, in quanto qualsiasi penalizzazione di comportamenti socialmente in se stessi poco significativi potrebbe sempre essere spiegata come tutela di remoti e primari beni giuridici*”. Si veda op. cit., p. 418.

La teorizzazione filosofico-penale europeo-continentale e quella anglo-americana, come è noto, hanno una matrice comune, nonostante conservino delle peculiarità che non vanno sottovalutate. Proprio tale matrice comune porta a ritenere *metodologicamente corretta* la comparazione dei principi teorici, in un'ottica di avvicinamento delle normative della nostra area culturale²⁵.

La riflessione di *common law* risulta pertanto ragionevole sia in un'ottica interna, acuita dalla *crisi* del bene giuridico e dal *multiculturalismo* presente nel nostro ordinamento che stenta a far assumere alla categoria del bene giuridico connotati unitari e univocamente pre-giuridici, sia in un'ottica esterna, di un *avvicinamento* dei Paesi dell'Unione europea.

Il tema, pertanto, tutt'altro che “vecchio” rappresenta un discorso da iniziare nell'ottica del penalista. Il problema della giustificazione del diritto penale, infatti, non potrà dirsi risolto una volta per tutte, riflettendo le caratteristiche della società nella quale esso prende vita.

Occorre adesso chiedersi se la teorica dell'*harm principle*, in particolare quella proposta dal filosofo statunitense Joel Feinberg, possa contribuire, anche nel nostro ordinamento, magari con qualche correttivo, a circoscrivere in maniera efficace lo spazio deliberativo del legislatore in sede di selezione delle condotte penalmente rilevanti²⁶.

²⁵ FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, cit., pp. 23-24.

²⁶ E' opportuno richiamare quali siano le principali caratteristiche dei due principi ora richiamati. Recentemente si è, infatti evidenziato, quanto alla comparazione tra Italia e Inghilterra [PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*. Paper presented at the 2016 Annual Conference of the Society of Legal Scholars 'Legislation and the Role of Judiciary' (University of Oxford, 6-9 September 2016), cit., p. 37] che possono essere individuate una serie di differenze tra offensività e principio del danno e della molestia. In primo luogo, mentre il principio di offensività, attraverso la nozione di offesa, copre sia il concetto di *harm* che di *offence*, in Inghilterra si ritiene fondamentalmente che siano due principi diversi, o comunque se non diversi, aventi un contenuto concettuale non unificabile. In secondo luogo, mentre il principio di offensività è un principio indirizzato sia al legislatore che all'interprete, il principio del danno e della molestia, in Inghilterra, risulta principalmente indirizzato al legislatore. In terzo luogo, le corti inglesi, al contrario di quelle italiane, stentano ad applicare il *principle of harm and offence*. Ancora, a differenza del sistema inglese, l'ordinamento italiano può contare su un meccanismo di revisione costituzionale delle leggi. Infine, nel dibattito inglese la prospettiva dell'*enforcement of morals* è particolarmente sviluppata, mentre in Italia, come in altri sistemi continentali, il *legal positivism* ha portato a una più generale separazione tra diritto e morale.

Questa opzione interpretativa evidenzia anche come esistano delle somiglianze tra i due principi. In particolare, si tratta dell'alto livello di normatività che li caratterizza, dell'impossibilità di essere puniti per una mera intenzione, dell'inclusione di un danno potenziale, della necessità di altri criteri di

L'obiettivo è pertanto quello di effettuare una comparazione tra principi generali che inserendosi nella corrente del liberalismo, quanto meno a livello penale, ricerchi i limiti dell'intervento legislativo a garanzia della libertà della persona. Si tratta di un'analisi del diritto penale come dovrebbe essere sulla base di *standard morali*²⁷. Più in particolare, l'analisi risulta incentrata sul piano *meta-sistemico*, ossia sotto il profilo della legittimazione del diritto penale e della verifica di cosa sia in grado di orientare in maniera più efficace le scelte del legislatore, se il concetto di bene giuridico o i *liberty-limiting principles* liberali.

Del resto, è noto, come fin tanto che non aveva preso piede il modello tedesco del bene giuridico, i giuristi liberali continentali ragionassero, come fanno quelli di *common law*, in termini di violazione del diritto, di dannosità (sociale), di rapporti tra diritto e morale²⁸.

Si cercherà pertanto di recuperare questa radice comune, come ha proposto anche recente e attenta dottrina, *non* nel senso del mero ritorno al paradigma del

criminalizzazione a completamento di tale prospettiva, l'autonomia, l'*extrema ratio*, il rispetto dei diritti umani e così via enumerando.

L'Autore evidenzia poi che la distinzione tra danno e molestia è abbastanza *artificiale*. Nessuna delle due nozioni individua un criterio efficace per definire il concetto di interesse né per distinguere i due principi. Parte della dottrina inglese ha così evidenziato la necessità di unificare i due principi. Sul punto abbiamo già discusso e discuteremo ancora nel corso del presente paragrafo. Basti però ricordare che l'Autore citato suggerisce di assorbire direttamente il concetto di *offence principle* all'interno di quello di *harm* andando a formare un criterio unitario. Sul punto, riteniamo, sommamente di dissentire. Se ne vedranno le ragioni più avanti. Inoltre, il modello italiano sarebbe da ritenersi preferibile data la configurazione dell'offensività sia come criterio legislativo che come criterio ermeneutico. In particolare, sarebbe necessario, secondo l'Autore, rinvenire delle basi in qualche modo costituzionali, come abbiamo già avuto modo di notare, per definire il concetto di *harm principle*, con un approccio costituzionalmente orientato, rinvenuto, in tale ottica, fondamentalmente, nello *Human Rights Act* del 1998.

Orbene, se tali considerazioni colgono le principali differenze tra i due sistemi, riteniamo che non siano determinanti per marcare una separazione insanabile tra i due ordinamenti, quanto meno nei termini di discussione teorica e astratta del dover essere dei criteri di legittimazione dell'intervento penale in Paesi culturalmente vicini. Infatti, se come abbiamo più volte ricordato, i due principi mantengono le loro peculiarità, pur avendo una matrice comune, la prospettiva che a noi interessa non è tanto quella del trapianto dell'intera cultura attorno al concetto di *harm* e *offence principle*, quanto piuttosto la ricerca di efficaci criteri di legittimazione per il nostro Paese che prendano atto della crisi del bene giuridico, in un'ottica molto più simile a quella adottata da J. Feinberg.

²⁷ Si veda in proposito, FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, cit., p. 27.

²⁸ *IBID.*, p. 282. L'Autore evidenzia come “il famoso scritto di J.M.F. BIRNBAUM, [Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, in Archiv des Criminal Rechts, Neue Folge, 1834, 179] abbia visto la luce nel 1834, e dunque venticinque anni prima della pubblicazione del Saggio di Mill, senza però riuscire a espungere subito dalla teorizzazione continentale il canone liberale della dannosità sociale sub specie della violazione dei diritti soggettivi, come dimostrato, tra l'altro, da una delle pietre miliari del liberalismo penale, qual è il Programma di Francesco Carrara”.

diritto soggettivo violato – comunque radicato nella Carta Fondamentale – *ma* attraverso un modello liberale che valorizzi il dibattito pluralistico e democratico che prova a trarre legittimazione dal confronto attraverso una valorizzazione del principio di riserva di legge²⁹.

Ma andiamo con ordine.

A) Come abbiamo visto nei capitoli precedenti, il principio del danno e della molestia hanno mostrato una serie di difetti. Si pensi, in primo luogo, alla mancanza di cogenza nei confronti del legislatore e, segnatamente alla circostanza che esso valga nella misura in cui il legislatore *scelga* di essere liberale e, in secondo luogo, al debole argine che esso offre rispetto a un'ipotetica dittatura della maggioranza.

Cionondimeno, riteniamo che questi difetti non siano tali da porre in discussione la particolare utilità dell'*harm e offence principle* poiché rendono chiaro, come non crediamo riesca a fare il concetto di bene giuridico, le *ragioni* a sostegno delle norme penali e la strutturazione dell'agire legislativo³⁰.

(A1) Si pensi, in particolare, alla problematica risposta alla domanda perché un bene giuridico sia da ritenere, in astratto e in via preliminare, meritevole di tutela penale. In altre parole, noi sappiamo attraverso la teorica del bene giuridico che determinati interessi sono considerati meritevoli, ma non riusciamo a capire, *una volta per tutte*, il perché, risolvendosi, tale domanda nella constatazione che determinate condotte *offendono* il bene in questione: *in che termini e perché* non sempre è facile capire.

(A2) Del resto, come è stato efficacemente notato³¹, la mancanza di forza vincolante del principio del danno e della molestia “*attiene per definizione a ogni discorso morale sui limiti del diritto penale*”. Peraltro, tale circostanza non potrebbe trovare altra soluzione se non quella di incorporare i dettami morali in norme giuridiche, il che trasformerebbe il “*discorso morale in discorso giuridico e condurrebbe l'analisi dal piano della legittimazione esterna (o giustificazione) a quello della legittimazione interna (o validità)*”.

²⁹ FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, cit., p. 282.

³⁰ IBID., p. 243.

³¹ IBID., p. 246.

(A3) Quanto poi al rischio di condurre il discorso sull'opportunità o meno di introdurre una norma penale sul piano di una dittatura della maggioranza, questa insufficienza riguarda non tanto e non solo il sistema penale, ma il *funzionamento stesso del sistema democratico* che pone i medesimi problemi sul piano della legittimazione esterna e interna. In altre parole, si tratta di far funzionare in maniera efficace la più complessiva macchina democratica. Ecco perché il discorso sulla legittimazione del potere punitivo dello Stato, si lega con il modello di democrazia che l'ordinamento decide di accogliere. Sul punto torneremo tra breve.

B) Così, gli studi di *common law*, specie nell'ottica feinberghiana, possono farci riflettere a fondo sull'opportunità di mantenere il concetto di bene giuridico quale modulo della *legittimazione*, in senso stretto, del diritto penale. Discorso ancora più complesso attiene al mantenimento del concetto di bene giuridico in via descrittiva, classificatoria e interpretativa.

Si ricorderà infatti che il bene giuridico ha conosciuto nel nostro ordinamento una pluralità di funzioni tra cui quella a carattere intra-sistemico/dogmatico-interpretativa, e quella a carattere meta-sistemico/critico-orientativa. La prima caratteristica si lega profondamente alla seconda.

Il bene giuridico, in questo secondo caso, si rivolge al legislatore il quale, non essendo arbitro della selezione dei fatti penalmente rilevanti, deve valutare attentamente il profilo della meritevolezza. Se il bene giuridico non rappresenta più la stella polare del legislatore sotto il profilo dell'apprezzabilità del bene, allora con difficoltà questo potrà essere valutato in via classificatoria o, *a fortiori*, interpretativa.

Sotto il profilo critico-orientativo, pertanto, il bene giuridico, non essendo caratterizzato neanche da un'univoca definizione, con difficoltà potrà assurgere a chiara fonte di legittimazione.

Al contrario, il modello anglo-americano chiarisce sia le *ragioni* per cui una condotta dovrebbe essere punita, sia il *concetto* di danno e di molestia. Infatti, le ragioni attengono alla costruzione di un modello liberale di società, mentre i concetti di danno e di molestia sono dotati di una serie di presupposti che si indirizzano al legislatore al momento della selezione delle condotte, dovendo egli accertarne la presenza nel caso che si prospetta.

Di conseguenza, alla luce dell'analisi comparatistica si potrebbe proporre un accantonamento dell'ottica del bene giuridico in favore del più chiaro modello anglo-americano.

1.1. I percorsi interpretativi della dottrina italiana: da una lettura sinergica dei principi in tema di scelte di criminalizzazione all'abbandono del concetto di bene giuridico.

La dottrina italiana, recentemente interessatasi a tale problema, ha evidenziato come siano possibili fondamentalmente due strade, non necessariamente in contraddizione tra di loro. Si tratterebbe, infatti, di promuovere, da un lato, una lettura sinergica dei principi di offensività, in particolare della teoria del bene giuridico e dell'*harm e offence principle* e, dall'altro, un abbandono, più radicale, del concetto di bene giuridico nel nostro ordinamento. Ad esse si aggiunge una prospettiva diversa, dettata dalla volontà di valorizzare una ri-legittimazione della tutela penale alla luce del paradigma dei diritti umani.

La dottrina ha infatti notato che il bene giuridico fa fatica, *da solo*, a risolvere le questioni della criminalizzazione o meno di certe situazioni.

Si pensi, per tutte, alle condotte che rientrano nel concetto di paternalismo penale.

In tali casi, non essendo chiare le ragioni, nell'ottica del bene giuridico, per cui esse dovrebbero essere punite o meno a livello penale, il rischio è quello di espandere l'intervento punitivo dello Stato.

Se guardiamo, invece, al concetto elaborato da Joel Feinberg di paternalismo e alla particolare rilevanza dell'autonomia personale nella sua analisi, la possibilità che una condotta cada o meno sotto il raggio di applicazione dell'intervento penale si fa più chiara. Non solo. Facendo procedere il ragionamento sul piano della *legittimazione* dell'intervento punitivo – e non sotto quello della meritevolezza del bene – i *liberty-limiting principles* riescono meglio a trovare il massimo di giustificazione possibile per la selezione delle condotte. Per tornare all'esempio del paternalismo, il legislatore (e l'interprete) dovrà valutare se in quel determinato caso l'autonomia personale del soggetto equivalga a “sovranità assoluta” su se stessi nel

senso di non bilanciabilità tramite altre considerazioni riferibili al *bene* del soggetto o se si sia in presenza di interessi o diritti *altrui* invece sicuramente bilanciabili³².

Vediamo pertanto le prospettive che sono emerse nell'ottica del superamento dell'*impasse* sul bene giuridico.

(A) Se l'orientamento che fonda la ri-legittimazione dell'intervento punitivo in virtù del paradigma dei diritti umani³³ non ha riscosso molto successo, si è

³² Si veda sul punto CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, cit., pp. 106 ss.

³³ L'orientamento finalizzato alla ri-legittimazione dell'intervento punitivo in virtù della protezione dei diritti umani, prende le mosse dagli studi di Norberto Bobbio sull'età dei diritti [BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990] onde vagliarne la perdurante attualità. La teoria non può qui essere compiutamente analizzata. Basti però considerare che oggi si parla, più frequentemente, di crisi dell'età dei diritti o di diritti insaziabili, dato che essi diventano “*una suggestiva arma retorica che può in ogni caso facilitare l'accoglimento delle aspettative di penalizzazione*” e la proliferazione dei diritti può comportare un aumento delle aspettative di protezione penale.

Si veda FIANDACA G., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 101 ss. Nel novero dei tentativi teorici inclini a prospettare una tutela penale dei diritti umani si segnala, in primo luogo, la proposta di “*diritto penale minimo*” elaborata da BARATTA A., [*Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, contributo contenuto nel fascicolo intitolato *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzione e abolizionismo*, a cura di Baratta A., della rivista *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1985, 443 e FERRAJOLI L., *Il diritto penale minimo*, ivi, 493]. I diritti umani, in tale prospettiva vengono intesi come corrispondenti a un concetto storico-sociale e oltre ad essere interessi individuali, comprendono anche interessi collettivi, come la salute pubblica, l'ecologia, le condizioni lavorative, il buon funzionamento delle istituzioni. La teoria è stata fortemente criticata [per tutti, MARINUCCI G., *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, 809] e, si è detto, anche in maniera ingenerosa. Si veda sul punto FIANDACA G., op. cit., p. 107. La teoria barattiana, ad ogni buon conto, esprime istanze analoghe a quella del bene giuridico declinate in chiave personalistica e, dunque, propense a privilegiare come oggetti di protezione quei beni o interessi la cui lesione provoca danni alle persone in carne ed ossa. Sul punto si veda l'analisi di Fiandaca. Basti qui rilevare che il catalogo dei diritti umani può risultare inevitabilmente contingente e incoerente e potrebbe apparire una pretesa illusoria cercare di definirli e sistematizzarli in maniera rigorosa, “*e questa consapevolezza dovrebbe anche fungere da remora rispetto ad un'eventuale illusione di poter sostituire la vecchia teoria del bene giuridico, in quanto ormai poco redditizia ed obsoleta, con una nuova teoria accreditata di maggiore valenza euristica sol perché expressis verbis orientata alla tutela dei diritti umani*”, op. cit., p. 109. Così, “*è inane disquisire quali siano i veri diritti*” e per dirla con Bobbio “*i diritti non nascono tutti in una volta. Nascono quando devono e possono nascere*”.

Una diversa prospettiva di valorizzazione dei diritti umani è sorta sul piano della filosofia morale prima che giuridica. Si fa riferimento a OTFRIED HOEFFE [*Globalizzazione e diritto penale*, trad. it., Edizioni di Comunità, Torino, 2001] il quale sviluppa un *iter* argomentativo volto a verificare la possibilità di costruire un diritto penale universale. Egli prospetta la tesi secondo cui il diritto penale potrebbe essere idoneo a fungere da strumento di importanza primaria in una società vincolata all'ideale dei diritti umani e sarebbe, allo stesso tempo, una istituzione transculturale, dato che la matrice culturale di tali diritti non sarebbe specificamente europeo-occidentale. Fiandaca chiarisce acutamente come la prospettiva risulti senza dubbio suggestiva e stimolante, ma come la teoria potrebbe risultare, del pari, rischiosa qualora venga letta come una sorta di dovere morale e giuridico inderogabile “*escludendosi così, già in linea di principio, che una possibile (e auspicabile) evoluzione di civiltà [...] possa portare alla scoperta di strumenti di tutela meno invasivi e più efficaci rispetto al (pur sempre arcaico, a dispetto della sua persistente vigenza nel mondo contemporaneo) diritto punitivo*”, op. cit., p. 111.

recentemente proposto di *affiancare* il bene giuridico allo studio dei principi anglo-americani.

L'abbandono del bene giuridico, in quest'ottica, non sarebbe né auspicabile né soprattutto realisticamente perseguibile. Tale concetto risulta talmente radicato nel nostro ordinamento che sarebbe impossibile disfarsene o rinnegarlo. Al contrario, risulterebbe possibile una lettura sinergica e congiunta del principio anglo-americano del danno e dell'offensività, al fine di meglio inquadrare le scelte di incriminazione³⁴.

Questa possibilità è stata riconosciuta anche da autorevoli studiosi non italiani³⁵. Viene, infatti, suggerita una combinazione tra *harm principle* e bene giuridico al fine di limitare tale secondo concetto attraverso il principio del danno. *“In altri termini, in virtù della convergenza tra pensiero di common law e di civil law il legislatore penale dovrebbe incriminare le condotte che ledono o espongono a pericolo i beni giuridici altrui”*³⁶. Così, dove non opera l'*harm principle* la teoria del bene giuridico non potrebbe fondare la legittimazione di un'incriminazione³⁷.

Secondo questa tesi, pertanto, si potrebbe dare, da un lato, una giustificazione alla tutela penale, anche a livello transculturale, dall'altro, si dimostrerebbe alla luce della crescente influenza del dialogo tra corti nell'ordinamento sovranazionale e corti costituzionali nazionali.

Per ulteriori approfondimenti delle tesi relative alla legittimazione dell'intervento punitivo in virtù della presenza di diritti umani, anche in ambito sovranazionale e dell'Unione Europea, si veda FIANDACA G, op. cit., pp. 112 ss.

In via di sintesi, è opportuno affermare che la dottrina si è chiesta quanto sarebbe promettente abbandonare la teorica del bene giuridico per accogliere quella dei diritti umani, specie se ne vogliono trarre indicazioni effettivamente orientative rispetto alle esigenze di protezione.

³⁴ CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, cit., p. 88.

³⁵ Si veda sul punto VON HIRSCH A., *Der Rechtsgutbegriff und das “Harm Principle”*, in Goldammer's Archiv für Strafrecht, 2002, 1, 2, citato negli interessanti lavori di FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, cit., p. 248 e FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, cit. p. 20.

³⁶ FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, cit. p. 20.

³⁷ VON HIRSCH A., *Der Rechtsgutbegriff und das “Harm Principle”*, cit., p. 11. Si deve peraltro rilevare che lo stesso FRANCOLINI G., in *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, cit., p. 248, evidenzia come in una fase precedente del suo studio avesse ipotizzato una possibile convergenza tra il concetto di bene giuridico e i principi di limitazione della libertà anglo-americani. Sembrava, in altre parole, utile *“continuare a impiegare come nozione di base il bene giuridico, che avrebbe dovuto seguire a fungere da sostrato-oggetto della tutela penale, e far riferimento ai liberty-limiting principles al fine di capire quali ragioni, di volta in volta rappresentassero il perché un dato bene giuridico fosse (o dovesse essere) protetto”*. L'Autore nota anche come Von Hirsch sembri accantonare una convergenza tra i due modelli. Si veda sul punto op. cit., p. 248 in nota.

Di tal ch  il bene giuridico potrebbe continuare a essere impiegato nella funzione di fungere da *oggetto* della tutela penale, facendo riferimento ai *liberty-limiting principles* per spiegare le ragioni che rappresentano di volta in volta *il perch * un dato bene giuridico   protetto o deve essere protetto.

(B) Ebbene, una diversa impostazione, pi  radicale, propone di *abbandonare* il bene giuridico anche nel nostro ordinamento. Tale prospettiva deve essere abbinata poi alla scelta di un particolare modello democratico idoneo a consentire un dialogo maturo e pluralistico in merito alle scelte di penalizzazione.

Abbandonare il bene giuridico, quale criterio di legittimazione dell'intervento punitivo, sembra possa essere, anche a parere di chi scrive, un risultato praticabile nel nostro ordinamento. Ci  per una serie di ragioni.

In primo luogo, ci  di cui il nostro sistema penale ha bisogno per superare l'*impasse* data dal bene giuridico   la ricerca di nuovi criteri di legittimazione da un punto di vista meta-sistemico e quindi di un fondamento critico dell'intervento punitivo. La ricerca *lato sensu* di un bene giuridico e quindi di un interesse tutelato dalla norma penale in via classificatoria e interpretativa rappresenta una necessit  anche per un sistema basato sul principio del danno. Il *quid pluris* della teoria liberale   perci  rappresentato dalla spiegazione delle ragioni che fondano la meritevolezza di un interesse nei confronti delle scelte del legislatore nei termini di cui si   detto.

In secondo luogo, l'abbandono del bene giuridico risulta praticabile poich  riteniamo di fondare la ricerca di criteri alternativi da un punto di vista teorico-astratto. Si tratta di ricercare criteri di politica-criminare senza che ci  implichi il pi  complessivo trapianto nel nostro ordinamento del sistema di *common law*. In tal modo, si recupererebbe la comune radice liberale che unisce i sistemi di *common law* e di *civil law*.

Scegliendo di intraprendere questa strada non risultano decisive le obiezioni emerse in dottrina che ancorano l'interprete al sentiero del bene giuridico. Sul punto   opportuno qualche chiarimento.

Come   noto, i concetti di danno e molestia sono stati tacciati di essere caratterizzati da un eccessivo soggettivismo, in particolare, con riferimento al concetto di *offence*. Ebbene questa critica non coglie nel segno. Tali concetti non

risultano, infatti, più sbilanciati sul piano soggettivo di quanto non lo siano alcuni beni giuridici (si pensi ai reati contro la pietà dei defunti, al sentimento religioso, all'ordine pubblico soggettivo, al delitto di minaccia il cui oggetto giuridico è la "tranquillità individuale", o a quello di ingiuria che tutela il riflesso soggettivo dell'onore inteso come sentimento del proprio valore sociale)³⁸.

In particolare, nonostante si sia criticata la dicotomia tra *harm* e *offence*, bisogna rimarcare la sua utilità, proprio alla luce della spiegazione dei principi che legittimano l'intervento punitivo. Secondo la tesi contraria, basterebbe, infatti, da un lato il riconoscimento di un generale interesse a non essere molestati e dall'altro, si riconoscerebbe un'eccessiva connotazione psicologica all'*offence*.

Ma a proposito di tale ultima considerazione, possiamo chiederci se la connotazione psicologica dell'*offence principle*, più che un elemento da rimuovere nella teoria in discorso, non derivi dalle caratteristiche di *questo tipo* di fenomeni umani³⁹. In altre parole, l'appiattimento dei concetti di danno e molestia in un unico elemento, con un conseguente abbandono di tale dicotomia, non rischia di condurre a risultati controintuitivi? Se pensiamo alle caratteristiche delle condotte che stanno alla base di una scelta di tutela in virtù del principio della molestia, non possiamo intravedere forse una differenza strutturale rispetto alle ipotesi che cagionano un danno ad altri? Distinguere tra danno e molestia, "*ossia distinguere un fatto umano e qualificarlo normativamente come harm o offence, [...] pare possa meglio cogliere il diverso impatto, più o meno profondo e duraturo, che l'offesa (in senso continentale) provoca sulla sfera altrui*"⁴⁰.

Del resto, al concetto di molestia leghiamo, nell'ottica di *common law*, fatti strutturalmente meno gravi rispetto a quelli dannosi e questo aspetto può essere non poco utile per il legislatore in un ottica di gradazione della tutela. Un esempio può aiutare a capire la differenza strutturale tra danno e molestia. Si pensi al caso, presentato anche in dottrina, delle espressioni scurrili che gli automobilisti si rivolgono nel traffico. Sbollita l'arrabbiatura tale condotta difficilmente potrebbe condurre a una modifica *in peius* della propria sfera giuridica. Diversamente nel caso

³⁸ FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, cit., p. 251.

³⁹ IBID., p. 261.

⁴⁰ IBID., p. 261.

in cui l'insulto abbia una portata tale da minare la stabilità psichica di chi la subisce: immaginiamo una situazione del genere avvenuta in ambiente lavorativo⁴¹. Ebbene, mentre nel primo caso potremmo essere di fronte a un comportamento molesto, nel secondo saremmo di fronte a un fatto effettivamente dannoso che determina un pregiudizio, se non definitivo, che compromette quell'interesse per un arco temporale apprezzabile, da parametrarsi rispetto all'interesse coinvolto.

E allora, sarebbe efficace qualificarli entrambi come afferenti alla categoria della violazione dell'interesse? *“Non perderemmo qualcosa in termini di capacità di analisi, senza nulla guadagnare sotto il profilo dell'approfondimento del piano normativo, che pure è presente in questo modello di lettura dei fatti umani?”*. Infatti, la differenza tra danno e molestia non è solo descrittiva, ma è diversa la valutazione in termini di portata normativa⁴².

Per tali ragioni, è utile, a parere di chi scrive, accogliere il principio anglo-americano nella sua portata originaria. Esso, assieme alla distinzione tra danno e molestia, è in grado di favorire i principi di *extrema ratio* e di frammentarietà. Infatti, *“quanto più è chiaro il grado e il modo in cui una condotta incide sugli interessi altrui, tanto più sarà agevole stabilire se il diritto penale deve intervenire”*⁴³.

Inoltre, l'*offence principle* in particolare, svolge un'importante funzione, che abbiamo già cercato di valorizzare. Il concetto di *offence* esprime in maniera efficace il rapporto di prossimità tra il diritto penale e i sentimenti morali di una comunità in materie delicate, con l'importante qualità di *non* implicare necessariamente *“una divaricazione tra di esso e la prospettiva liberale”*. L'*offence* può infatti comprendere, legittimamente, la tutela di sensibilità dei cittadini consentendo una salvaguardia, non tanto del principio morale in sé, come avverrebbe nell'ipotesi del *legal moralism* ma, piuttosto, *che il diritto penale non sia del tutto sganciato dalla morale* e, pertanto, che *non* venga avvertito come *estraneo* rispetto alla comunità nel quale esso si inserisce e regola le condotte. L'*offence* può dunque *“fungere al tempo*

⁴¹ Si veda IBID., p. 262 per tale efficace esempio.

⁴² IBID., p. 263. L'Autore peraltro nota che *“certo, si potrebbe fare una distinzione e una gerarchia degli interessi, ma mi pare più utile tentare di chiarire pure il diverso modo in cui essi possono essere aggrediti, piuttosto che fare riferimento solo al danno e, eventualmente, al pericolo che altro non è se non la probabilità o possibilità di un danno”*.

⁴³ IBID., p. 268.

stesso da fondamentale baluardo contro il moralismo e da utile elemento di raccordo perché il diritto penale non diventi troppo distante dalla morale”⁴⁴.

Ecco perché l'accoglimento nel nostro ordinamento del principio del danno e della molestia, con le caratteristiche ora descritte, può riuscire a meglio interpretare le necessità del legislatore (liberale) e a guidarlo nella selezione delle condotte da ritenere penalmente rilevanti. Abbandonare pertanto la categoria del bene giuridico quale criterio di legittimazione meta-sistemico può risultare una prospettiva ragionevole e non in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento.

1.1.1. L'abbandono del bene giuridico e l'accoglimento di un modello procedurale di democrazia.

Come dicevamo poco sopra, l'abbandono del bene giuridico può essere unito a un ulteriore modello, che è stato definito in dottrina *procedurale*⁴⁵. Più in particolare, si è cercato di fare tesoro dell'elaborazione di Jurgen Habermas in tema di teorie della democrazia e si è ritenuto che tale modello potrebbe consentire ai titolari della potestà normativa in materia penale un'opportuna ponderazione al momento di decidere *se* assoggettare a pena un determinato comportamento.

Questa teoria, non è solo compatibile con i principi liberali, ma è in grado di favorire un confronto aperto e chiaro sulle diverse visioni del mondo presenti nelle nostre società. Di tal che il modulo procedurale dovrebbe consentire di effettuare un bilanciamento ponendo sul piatto, da un lato, le ragioni a sostegno della sua criminalizzazione, quali che siano, liberali o meno: dal danno al paternalismo, dalla molestia al moralismo o al perfezionismo. Ciascuno studioso dovrebbe cioè prospettare il perché un determinato tipo di fatti andrebbe punito a costo della libertà dei cittadini ⁴⁶. Dall'altro lato, dovrebbero porsi le ragioni contrarie all'incriminazione.

Il legislatore a questo punto dovrebbe comparare le ragioni favorevoli alla penalizzazione e quelle contrarie per poi giungere a una decisione, appunto,

⁴⁴ IBID., p. 269.

⁴⁵ IBID., p. 271.

⁴⁶ IBID., p. 273.

*ponderata*⁴⁷. Tale bilanciamento dovrebbe pertanto includere quelle che Feinberg ha definito massime di mediazione. Così strutturato, il procedimento di creazione della norma sarebbe imparziale e dovrebbe far prevalere l'argomento migliore o, comunque, consentire una verifica delle ragioni morali alla base di una data opzione normativa “*senza che ciò equivalga all'automatica, inevitabile strutturazione in termini moralistici del diritto positivo*”. Si tratterebbe pertanto di “*un diritto morale, ma non per forza moralistico che dal procedimento – aperto a tutte le ragioni presenti nella società – che ne determina la genesi (e dunque da una legalità arricchita da contenuti morali) trae una ‘presunzione di accettabilità’ da parte dei cittadini*”⁴⁸.

Si crea così un *tertium genus* di rapporto tra diritto e morale distinto da una mera subordinazione del primo alla seconda. Si tratterebbe di “*una legalità che genera legittimità*” in modo tale che la giustificazione della norma penale avvenga attraverso principi convincenti e attraverso l'intreccio di diritto proceduralizzato e giustificazione morale dei principi.

La morale così serve al diritto e non resta “*sospesa in aria*” né “*si annulla*” al suo interno⁴⁹. L'elaborazione delle norme penali avviene pertanto attraverso un metodo che tiene conto delle visioni morali presenti nella società senza che si risolva nel perseguimento di una morale dominante, permettendo di derivare la giustificazione dal più ampio confronto democratico⁵⁰.

Questa via è idonea pertanto a valorizzare il principio di legalità, principio fondamentale nel nostro ordinamento, attraverso il corollario della riserva di legge e a trarre legittimazione proprio dal confronto⁵¹. Certo è che tale modello può funzionare solo se si dà al potere parlamentare nuova linfa vitale e, di conseguenza, nuova legittimazione, con un elevato grado di informazione e chiarezza nei confronti dell'opinione pubblica.

⁴⁷ IBID., p. 273. In particolare, nota l'Autore, potrebbero emergere anche nuove o ulteriori ragioni a favore della criminalizzazione di una certa condotta, al di là di quelle già note e compendiate all'interno dei *liberty-limiting principles*.

⁴⁸ Così efficacemente, IBID., p. 275.

⁴⁹ IBID., p. 275. L'Autore utilizza ancora in questo caso gli insegnamenti di HABERMAS J., *Diritto e morale* (Tanner Lectures) in ID. *Morale, Diritto, Politica*, Einaudi, Torino, 2001 (trad. it).

⁵⁰ FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, cit., p. 278.

⁵¹ IBID., pp. 276 ss.

2. *Dalla meritevolezza alla sussidiarietà penale. Offensività, harm e offence principle e le conseguenze in tema di scelte di depenalizzazione ed extrema ratio.*

Analizzato il profilo della meritevolezza, giova adesso completare l'analisi con qualche breve cenno in merito al complesso dibattito in tema di sussidiarietà penale.

Come abbiamo visto, la tutelabilità penale di un determinato interesse risponde, nel nostro ordinamento, a una serie gradata di domande, che vanno dall'emersione del *quid* da salvaguardare fino a una valutazione finale in termini di *extrema ratio*, passando per un'analisi in termini di meritevolezza di pena e di necessità di pena.

(A) Il principio di *extrema ratio*, abbiamo detto, affonda le sue radici nel concetto di sussidiarietà penale, sulla base del quale si considera legittimo il ricorso alla pena soltanto nei casi in cui la sanzione meno invasiva di quella penale non sia parimenti (o maggiormente) efficace. Tale principio, sorto nell'ambito dell'Illuminismo penale e, nel nostro ordinamento, come è noto, nel celebre saggio *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria, esprime l'esigenza che il diritto penale rappresenti la risposta estrema tra quelle a disposizione dell'autorità⁵².

La scelta che investe il diritto penale però non è solo di *garanzia*, ma anche di *razionalità* del sistema, dato che un sistema incoerente può portare a molti più svantaggi di quanto si possa ritenere, andando a punire, ad esempio “*una moltitudine di azioni indifferenti*”, il che non solo non previene la commissione di delitti, ma ne crea di nuovi⁵³.

Un'analisi del principio di *extrema ratio*, seppure per sommi capi, sarà pertanto un elemento utile a completare lo studio della vita della norma penale dalla selezione delle condotte penalmente rilevanti all'impiego del canone della sussidiarietà, specie nell'ottica della ricerca di una ri-legittimazione dell'intervento punitivo dello Stato. In particolare, lo studio di tale principio riteniamo possa essere

⁵² Si veda sul punto DEMURO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti di espansione del diritto penale*, in Riv. it. dir. proc. pen. 2013, 56, 1654, p. 1654.

⁵³ IBID., p. 1655. L'Autore cita Beccaria. Si veda op. cit. per il significato garantistico del principio di *ultima ratio* di Jean Paul Marat e per il significato utilitaristico di Bentham.

un utile orientamento per il legislatore liberale che proceda verso un abbandono del bene giuridico per ricercare criteri-guida stabili e efficaci.

Il principio di *ultima ratio*, peraltro, non costituisce un'elaborazione esclusivamente italiana ma, al contrario, propria anche di altri ordinamenti quali quelli di *common law* nei termini del c.d. principio del *last resort*.

Ciò che qui in particolare proponiamo è una lettura dell'*extrema ratio* in termini di stretta correlazione rispetto agli interventi di depenalizzazione, pure recentemente applicati dal legislatore. Per farlo, se ne proporrà un'analisi *alla luce del concetto di autonomia personale* elaborato dalla dottrina di *common law*.

La ricerca di *parametri* sulla base dei quali una condotta debba assumere la soglia della rilevanza penale deve necessariamente essere trovata, non potendosi demandare tale momento all'esclusivo protagonismo della politica criminale⁵⁴. Legislatore e Accademia devono pertanto collaborare in tale ricerca, ciascuno con le proprie competenze e obiettivi.

Come si è acutamente notato, “*la distinzione tra ‘penale’ e ‘amministrativo’ è meramente formale (e dunque quantitativa, politica e per di più tecnico-giuridica) solo de lege lata e limitatamente alle aree periferiche della penalità, non a quelle nucleari*”⁵⁵.

Prima di procedere con tale analisi, è opportuno effettuare qualche precisazione.

(A1) L'idea della riduzione al minimo dell'intervento punitivo del controllo sociale si basa su una serie di argomenti, normativi e empirici⁵⁶.

Da un punto di vista normativo, essa è legata all'esigenza che i divieti penali, in uno Stato di diritto siano contenuti in provvedimenti legislativi formali. In proposito, si possono richiamare anche i principi di legalità, di colpevolezza e, naturalmente, quello di offensività.

Da un punto di vista empirico, si può notare che l'efficacia dell'intervento penale attiene più all'apparato di controllo fatto da uomini e mezzi che dall'introduzione di nuove norme penali. L'inserimento di nuove norme, infatti, deve

⁵⁴ DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, cit., p. 29.

⁵⁵ IBID., p. 31. Interessante il discorso in merito al contributo dell'Europa all'offensività, op. cit., pp. 31 ss.

⁵⁶ DEMURO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti di espansione del diritto penale*, cit., p. 1657 ss.

essere adeguatamente *soppesato* da costi e benefici per la loro applicazione. Inoltre, un uso eccessivo dell'intervento penale provocherebbe un indebolimento dello stesso e un uso sproporzionato ne diminuirebbe di molto “*la forza morale*”. Come mostra la criminologia, infatti, “*l'eccesso di criminalizzazione può portare a un intorbidamento generalizzato della normazione penale, con la possibile confusione tra le sfere del lecito e dell'illecito*”⁵⁷. Infine, l'intervento penale si caratterizza per la necessità di impiego di mezzi per la sua applicazione che se non mantenuta, è idonea a deteriorarsi quantitativamente e a *perdere di credibilità*, oltre al fatto che tale impiego di mezzi dovrebbe andare a coprire la commissione dei reati più gravi.

(A2) Il principio si fonda pertanto, a livello costituzionale, sull'art. 13 laddove si afferma che la libertà personale è inviolabile e può essere limitata solo nei casi e modi previsti dalla legge, nonché sul principio di legalità (art. 25 Cost.) nei termini che si sono detti.

Come abbiamo precisato a proposito del principio di offensività, anche il principio di *extrema ratio* si caratterizza per avere una stretta relazione con altri principi, primi fra tutti quelli di meritevolezza e proporzione, quest'ultimo quale specificazione del primo, e quello di frammentarietà. A seguito di una valutazione in termini di rilevanza penale della condotta, tre sono le considerazioni da effettuare: l'efficacia, l'effettività e la necessità della tutela.

Pertanto, mentre la meritevolezza riguarda la scelta politico-criminale di selezione dei beni penalmente rilevanti, è sulla base del *bisogno di pena* che si sono espresse le istanze del principio di *ultima ratio*⁵⁸.

(A3) Un'istanza comune a molti Paesi è quella di indagare il fenomeno *dell'espansione del diritto penale*. Si tratta infatti di quel fenomeno, che pare inarrestabile, sulla base del quale l'affermazione di un valore meritevole di tutela da parte dell'ordinamento passa necessariamente attraverso la criminalizzazione della condotta violativa dello stesso⁵⁹.

⁵⁷ IBID., p. 1658.

⁵⁸ IBID., p. 1667. Per un'analisi in merito al controllo effettuato dalla Corte Costituzionale, si vedano le pp. 1670 ss.

⁵⁹ Negli ordinamenti di *common law* si parla in proposito di *overcriminalisation*. Si è, infatti, recentemente notato come l'incremento del diritto penale produca un incremento della punizione penale che causa un indebolimento della *rule of law* con una conseguente produzione di ingiustizia. Si veda sul punto, HUSAK D., *Overcriminalization. Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, p. 17. Ecco perché alcuni Autori hanno rilevato che il diritto penale

Del resto, l'uso eccessivo della sanzione penale non è tema “moderno”, ma accompagna il dibattito penalistico fin dalle codificazioni ottocentesche. La pena, infatti, è diventata “*uno strumento coattivo che pensiamo di poter usare ogniqualevolta abbiamo interesse a un determinato comportamento umano [...]; non dobbiamo perciò stupirci se essa ha perduto parte del suo credito e, quindi, della sua forza intimidatrice, giacché il corpo sociale cessa di reagire nello stesso modo in cui l'organismo umano non risponde più a un farmaco somministrato quotidianamente*”⁶⁰.

Così, autorevole dottrina⁶¹ ha notato che la dilatazione del campo penale comporta in primo luogo la criminalizzazione in astratto di fatti “*della minima importanza politica*”; in secondo luogo, la crescita degli affari penali in concreto conduce alla paralisi della giustizia o comunque a diseconomie processuali; infine, tale situazione si trasforma in vero e proprio problema economico per gli elevatissimi costi dell'irrogazione della pena criminale.

L'ipertrofia penalistica produce, pertanto una spinta criminogena della legislazione⁶². Tale spinta si inserisce in una tendenza all'espansione, da un lato, della tutela penale nei confronti dei beni collettivi e ad un arretramento, dall'altro, nei confronti di (alcuni) beni individuali⁶³.

Tale fenomeno fa sorgere più di qualche dubbio in merito alla perdurante vigenza del principio di frammentarietà del diritto penale. Il dubbio non è di poco momento anche perché “*la frammentarietà del diritto penale è ciò che garantisce la sua conciliabilità col principio di libertà, ed è attuata proprio dalla determinatezza*

(inglese) sia diventato una causa persa. Si veda ASHWORTH A., *Is the Criminal Law a Lost Cause?*, in *Law Quarterly Review*, 2000, London (UK), 226. Nei sistemi di *common law*, si nota [HUSAK D., op. cit., pp. 29 ss.], l'*overcriminalisation* si collega al tema della discrezionalità – *lato sensu* vigente in quei sistemi, tra cui quella dell'azione penale – e alla creazione di reati omnicomprensivi. L'Autore, p. 32, poi afferma che “*improving the substantive criminal law is essential both to reducing the incidence of unjust punishment and to restoring the rule of law itself*”.

⁶⁰ PALIERO C.E., *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, CEDAM, Padova, 1985, p. 4. L'Autore cita la formula coniata da FRANK R., *Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt*, in *ZStW*, 1898, p. 733.

⁶¹ PALIERO C.E., *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., p. 23.

⁶² In particolare, si tratta del processo secondo cui “*la norma penale, diffondendosi a macchia d'olio sin nei settori più riposti dell'organizzazione sociale, diviene l'input più cospicuo (almeno uno tra i più cospicui) di quel 'processo produttivo' il cui esito finale si incorpora in una 'quantità apprezzabile, in ultima analisi, proprio all'interno delle statistiche criminali*”, si veda PALIERO C.E., ult. op. cit., p. 150.

⁶³ *IBID.*, p. 150.

di formulazione delle singole fattispecie che – se ‘ben delimitate’ – risultano l’una l’altra separate da più o meno ampie zone di liceità”⁶⁴.

Si deve così valorizzare, da un lato, l’idea del carattere frammentario del diritto penale come “*parte negativa del principio di sussidiarietà*” che riguarda il collegamento con lo Stato di diritto liberale e, dall’altro, il necessario ripensamento della permanente criminalizzazione, che conduce all’ipertrofia penalistica, delle condotte anche meramente “*amoralì o asociali (anziché alle sole condotte antisociali)*”⁶⁵. Anche tale secondo aspetto valorizzerebbe il carattere frammentario del diritto penale, oltre che condurre al “*coraggio della lacuna*”⁶⁶.

La spinta alla criminalizzazione avviene fondamentalmente, nel nostro ordinamento, attraverso l’*ampliamento della gamma di beni tutelati* e la *prevenzione* quale paradigma penale dominante⁶⁷.

Interessante in proposito è notare come le difficoltà emerse in merito alla definizione della nozione di bene giuridico *si ripercuotano* anche in questo aspetto della materia. La nozione di bene giuridico, infatti, vive una crisi anche in relazione all’evoluzione legislativa ipertrofica e instabile che “*cede continuamente alle spinte settoriali che portano a una specie di nuovo ‘feudalesimo penale’ e dunque a un moto inverso rispetto al principio di ultima ratio*”⁶⁸.

La prospettiva dell’esigenza preventiva è dovuta, poi, fondamentalmente all’affermarsi del concetto di rischio e di sicurezza. Il punto non può qui essere analizzato nel dettaglio, basti però rilevare che il diritto penale viene infatti utilizzato

⁶⁴ IBID., p. 163. L’Autore cita in proposito PALAZZO F.C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, CEDAM, Padova, 1979, p. 172. PALIERO C.E., op. cit., p. 163, nota poi come ponendosi in questa prospettiva si superi il pericoloso luogo comune, derivato da visioni eticizzate del diritto penale “*consistente nel contrapporre il ‘penalmente rilevante’ al ‘lecito’: quasi che fosse consentito dall’ordinamento tutto ciò che non viene punito e quasi che non esistessero strumenti di ‘valutazione’ e controllo sociale diversi dalla pena*”. E continua dicendo, pp. 163-164, “*come se davvero, cioè, il diritto penale rivestisse ‘il ruolo retribuzionistico di spartiacque tra il giusto e l’ingiusto’ e il codice penale la funzione di ‘manuale popolare del minimo etico’*”. Così, “*l’affermazione del carattere frammentario consente invece di riconoscere come valida la sola dicotomia tra ‘penalmente rilevante’ e ‘penalmente indifferente’, assegnando ad altre branche il compito di tracciare, sotto il profilo della ‘conformità al diritto’, la mappa dettagliata di tutte le umane attività*”. Soltanto così assumono significato la funzione orientativa della prevenzione generale e quella pedagogico-rieducativa della prevenzione speciale del diritto penale.

⁶⁵ IBID., p. 167.

⁶⁶ Ancora, IBID., p. 167.

⁶⁷ DEMURO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti di espansione del diritto penale*, cit., p. 1674.

⁶⁸ IBID., p. 1676. Sul punto l’Autore cita, tra gli altri PALAZZO F.C., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1992, p. 457 e FIANDACA G. – MUSCO E., *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, cit., pp. 36 ss.

come sistema di prevenzione della conflittualità sociale e strumento di socializzazione⁶⁹.

B) Ebbene, chiarite, per sommi capi, le caratteristiche principali del principio di *extrema ratio*, è possibile analizzare, brevemente l'annosa questione relativa alla distinzione tra l'area del penale e dell'illecito punitivo amministrativo, per poi verificare se il fenomeno della depenalizzazione sia per così dire "neutrale" o se, al contrario, possa far emergere *qualche rischio* qualora non impiegato con razionalità e coerenza, così come rischiosa in tali ipotesi risulta l'ipertrofia penalistica.

Quanto al primo profilo, come è noto, si assiste a una certa valorizzazione del diritto penale amministrativo sia *ab origine* che in via di depenalizzazione – elemento questo che abbiamo visto a proposito della fattispecie di atti osceni. L'impiego di tale branca del diritto viene utilizzata, per la verità, non solo da legislatore statale, ma anche da quello regionale. Tale diritto è così divenuto "*la valvola di scarico delle esigenze punitive che non possono essere soddisfatte dal diritto e dal processo penale*"⁷⁰.

Il crescente impiego dell'illecito punitivo amministrativo ha dato vita alla creazione di una sorta di parte generale e a un sistema di illeciti, secondo alcuni intermedio tra quello penale e quello degli illeciti amministrativi e secondo altri, vero e proprio sottosistema penale⁷¹.

I problemi fondamentali di tale categoria si risolvono nella ricerca dei *criteri di selezione* di tali illeciti, nella *struttura* degli stessi e nelle *tipologie di sanzioni*⁷². La citata parte generale dell'illecito amministrativo ha la funzione di delineare le

⁶⁹ Sul punto si veda *funditus* IBID., p. 1681. L'Autore cita in proposito PALIERO C.E., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?* in Riv. it. dir. proc. pen., 1994, 1220. DEMURO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti di espansione del diritto penale*, cit., p. 1686 ss. fornisce interessanti spunti, che non potranno qui essere analizzati, a proposito di una possibile riduzione dell'intervento penale.

⁷⁰ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, (ed. 2011) cit., p. 963. Si veda *funditus* op. cit., per quanto concerne il passaggio da illeciti amministrativi in reati – contravvenzionali – per sottoporli alle garanzie del diritto e della giustizia penale che ha segnato il passaggio dallo Stato di polizia allo Stato di diritto. Il passaggio, poi, allo Stato sociale di diritto ha dato l'avvio al processo di riconversione degli illeciti contravvenzionali in illeciti amministrativi, stante l'impossibilità della giustizia penale di far fronte a tale soffocamento dato dalla proliferazione delle leggi penali. A tale situazione si è cercato di dare risposta attraverso la semplificazione della disciplina sostanziale e processuale delle sanzioni, si pensi ad esempio, a quanto avvenuto in Francia, e attraverso la depenalizzazione.

⁷¹ IBID., p. 965.

⁷² IBID., p. 965.

caratteristiche che la condotta deve assumere per poter rientrare in tale categoria di illecito⁷³.

I criteri distintivi, molto discussi, sono oggi individuati nell'oggettività giuridica e nell'offesa. *“Almeno come direttiva generale di politica legislativa, l'illecito penale dovrebbe abbracciare i fatti di elevata offensività di interessi costituzionalmente significativi, mentre l'illecito amministrativo dovrebbe riguardare i fatti offensivi di interessi costituzionalmente non incompatibili oppure i fatti perseguibili per la tutela anticipata o consistenti in offese bagatellari di beni costituzionali”*⁷⁴. La scelta deve avvenire, in altre parole, grazie al principio costituzionale di *proporzionalità* della sanzione alla gravità del fatto e di sussidiarietà della sanzione come *extrema ratio*⁷⁵.

C) Come abbiamo visto, la creazione di un illecito punitivo amministrativo depenalizzato segue una serie di finalità. Si pensi in primo luogo, alla riduzione dell'area dell'illecito penale in conformità con il principio di necessità; in secondo luogo, alla riduzione del carico della giustizia penale – dovuto oltre all'aumento della criminalità e, potremmo dire, della tipologia di reati, all'obbligatorietà dell'azione penale; in terzo luogo, al *“potenziamento del sistema di prevenzione generale e speciale, almeno a partire dalla depenalizzazione del 1999, attraverso la comminatoria di sanzioni pecuniarie più elevate rispetto a quelle della l. del 1981 e [all']ampio ricorso alle sanzioni accessorie”*⁷⁶.

La depenalizzazione, poiché costituisca elemento di politica criminale razionale deve, pertanto, essere utilizzata con criterio e non come *“sporadico intervento di sfoltimento contingente”*⁷⁷. Altrimenti la depenalizzazione da strumento utile, e talvolta necessario data la vetustà del nostro codice e di molte leggi *extra codicem*, rischia di diventare *controproducente*. Se si ricorda la tematica degli atti

⁷³ Si veda *funditus*, IBID., pp. 969 ss. Sarebbe un fuor d'opera analizzare qui nel dettaglio tale disciplina. Basti però rilevare che si tratta dell'individuazione dei principi generali cui sottostanno tali condotte, primo fra tutti quello di legalità e i suoi corollari, delle caratteristiche in termini di elemento oggettivo e soggettivo delle stesse, oltre che delle forme di manifestazione del reato, dell'unità o pluralità di illeciti amministrativi e del concorso di persone. Lo stesso, per quanto concerne il regime sanzionatorio

⁷⁴ IBID., pp. 968-969.

⁷⁵ IBID., p. 969. L'Autore cita in proposito le indicazioni della circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 1912 del 1983 destinata agli Uffici legislativi dei vari ministeri.

⁷⁶ IBID., p. 964.

⁷⁷ IBID., p. 968.

osconi, si rammenterà come siano stati da noi sollevati non pochi dubbi quanto all'effettiva opportunità della loro depenalizzazione, specie alla luce dell'applicazione del principio del danno e della molestia anglo-americano.

Il rischio infatti è quello di “*depenalizzare troppo*” nel caso in cui ad esempio l'impiego della sanzione pecuniaria riguardi reati la cui offesa meriti di restare nell'area di rilevanza penale o di “*depenalizzare male*” e, cioè, in modo incoerente. In proposito, si è notato, nel capitolo III, come non sia sempre facile intravedere una *ratio* coerente nella scelta di depenalizzare determinate condotte e non altre. Infatti, uno dei maggiori problemi delle più recenti opere di depenalizzazione riguarda i criteri sulla base dei quali esse vengono effettuate⁷⁸. Tali critiche si rinvergono in dottrina fin dai tempi della legge del 1981. Così operando, non solo spesso il legislatore non ha risolto il disagio preesistente, ma ha “*addirittura introdotto elementi di ulteriore spinta a una distorta penalizzazione*”⁷⁹.

Il legislatore dovrebbe, infatti, costruire la fattispecie penale pensando fin da subito ai vari profili che la devono caratterizzare: dalla meritevolezza dell'interesse tutelato all'applicazione del criterio di *extrema ratio*, costruendo, *ab origine*, in maniera diversa le fattispecie afferenti all'interno dell'area del diritto punitivo amministrativo, piuttosto che a quella di carattere più strettamente penalistico, senza che alla prima branca del diritto si approdi a seguito di sporadici (e non sempre coerenti) interventi di depenalizzazione.

Anche perché “*nuove fenomenologie ‘cercano’ nuove fattispecie*”⁸⁰: il processo di modernizzazione tecnologico comporta la necessità che il legislatore reagisca in maniera coerente senza sottovalutare l'emersione di nuovi beni a carattere personale. Spesso il legislatore agisce per specificazione o per derivazione delle nuove fattispecie da quelle più risalenti⁸¹. Del resto, il *trend* che vede l'incremento della criminalizzazione non è sempre uniforme né è sempre costante. Se, infatti,

⁷⁸ Si ricorderà in proposito che non risulta facile intravedere la *voluntas legis* che ha accompagnato le scelte di depenalizzazione e, ricordiamo, di trasformazione nella nuova categoria di illeciti civili, della l. n. 67 del 2014. Tant'è che si è parlato in dottrina di depenalizzazione “a macchia di leopardo”, “alla cieca”, “miope” e “presbite”.

⁷⁹ PALIERO C.E., *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., p. 152.

⁸⁰ IBID., p. 153.

⁸¹ IBID., p. 153.

esistono settori dell'ordinamento che sono soggetti a una *undercriminalisation*, l'espansione del raggio di applicazione della tutela penale è benvenuto⁸².

Il legislatore odierno, pertanto, è chiamato a non procedere con secche alternative tra astensionismo e criminalizzazione⁸³, ma a una più complessa valutazione tra forme di tutela, penale, amministrativa, civile, disciplinare, specie alla luce della tipologia di interessi che emergono nel tessuto sociale.

Sullo sfondo si staglia, così, un'esigenza di razionalizzazione del sistema chiamato a mostrare una gerarchia di interessi ai quali si deve accompagnare la scelta del ramo di diritto a sua tutela che non riguardi solo l'intensità della stessa, ma una vera e propria diversa tipologia di beni (o interessi) che esse devono essere tutelati, con differente intensità.

La depenalizzazione, pertanto, non costituisce affatto un fenomeno neutrale e senza conseguenze nel nostro ordinamento in termini di coerenza e razionalità.

Come abbiamo notato, una valutazione in termini di depenalizzazione non comporta necessariamente l'ingresso della condotta nell'area della liceità e continuerà, pertanto, ad avere conseguenze giuridiche nel nostro ordinamento, con la conseguenza sì di una deflazione del carico penale, ma di un contemporaneo incremento del carico dell'apparato amministrativo, o a seguito della recente legge del 2016, anche dei tribunali civili.

Inoltre, la deflazione può risultare appunto pericolosa laddove si faccia ricorso a sanzioni non meno afflittive di quella penale – peraltro con tutta la problematicità che le sanzioni a carattere pecuniario portano con sé – e allo stesso tempo affrancate dalle garanzie dell'apparato penalistico.

Del resto, abbiamo detto del problema della truffa delle etichette in ambito europeo. La CEDU, infatti, vieta ogni tipo di ricorso a sanzioni formalmente solo amministrative laddove per il grado di afflittività esse possano essere equiparate a quelle penali. In tali casi, il legislatore rimane comunque vincolato al rispetto delle garanzie costituzionalmente previste per la materia penale. Ora, se tale circostanza, nell'ipotesi di un uso distorto dell'illecito punitivo amministrativo può fungere da argine per la tutela dei diritti, nel senso che in qualche modo “ci pensa l'Europa”,

⁸² Si veda, HUSAK D., *Overcriminalization. Limits of the Criminal Law*, cit., p. 18.

⁸³ Sul punto, interessante, PALIERO C.E., *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., p. 173.

bisogna evitare di fare eccessivo “affidamento” su tale processo di trasformazione dell’illecito punitivo amministrativo in penale poiché a rimetterci è la coerenza e la razionalità del sistema. In altre parole, è il legislatore che *ab origine* è chiamato a ricostruire una fattispecie nei termini di rilevanza penale o meno, con tutte le conseguenze che questo comporta.

L’affidare parte della tutela di condotte, comunque non indifferenti a livello di rilevanza sociale, all’apparato amministrativo può comportare, così, una serie di problemi di non poco momento. Se è vero che ormai si è sviluppata una parte generale anche dell’illecito punitivo amministrativo, con beneficio della categoria in termini di chiarezza dei principi e delle regole di funzionamento, esso non viene comunque applicato da parte di un giudice terzo e imparziale con le garanzie del processo penale.

Questa circostanza è idonea a produrre *un certo automatismo sanzionatorio* in chiave, diciamo, non molto *liberal*, ma anzi ancora più repressiva e penetrante rispetto alla libertà del singolo.

Il tutto viene aggravato dal fatto che, come dicevamo, non vi è un criterio chiaro che presiede alla predisposizione di un illecito punitivo amministrativo piuttosto che a uno di carattere penale. E’ sì vero che la differenza dovrebbe risiedere nell’offensività e nell’oggettività giuridica con collegamento rispetto a una qualche rilevanza costituzionale del bene, *ma* la crisi del concetto di bene giuridico e le applicazioni datene dal legislatore fanno ben poco sperare.

Un altro elemento poi deve essere considerato. Spesso nel calderone della depenalizzazione si inseriscono anche quei processi di secolarizzazione che procedono verso una tendenziale separazione tra diritto e morale. In questo senso, l’impiego dell’illecito punitivo amministrativo, qualora non si proceda a una liceizzazione delle condotte *tout court*, potrebbe comportare un diritto di gran lunga più repressivo, in quanto denotato appunto da un automatismo nella fase applicativa, applicato senza le garanzie proprie del diritto penale. Pertanto, diventa cruciale la ricostruzione della distinzione tra condotte che devono afferire alle sanzioni amministrative quale razionale scelta di alternativa rispetto al diritto penale.

2.1. L'impiego del concetto di "autonomia personale" per distinguere gli illeciti penali da quelli punitivi amministrativi.

Alla luce dell'analisi comparatistica effettuata sul principio del danno e della molestia, è possibile ritenere che un interessante criterio per distinguere l'illecito penale da quello amministrativo possa risiedere nel concetto di autonomia personale.

Come abbiamo avuto modo di notare l'*harm principle* si lega a doppio filo con tale concetto: il principio del danno ha infatti il pregio di mettere in evidenza tutte le possibili lesioni dell'autonomia personale da parte del diritto penale. In particolare, esso viene utilizzato in vari punti della teoria di Feinberg, si pensi alla spiegazione della *soft paternalism strategy*, all'impiego della massima *volenti non fit iniuria*, e, sotto altro profilo, alla centralità nell'elaborazione giurisprudenziale in tema di *privacy* della nozione di danno.

La nozione di autonomia personale ha conosciuto un ampio dibattito quanto alla sua definizione. Recentemente si sono, infatti, proposte diverse concezioni rispetto a quella feinberghiana. Ciò detto, riteniamo che l'autonomia personale così come elaborata da Joel Feinberg presenti indubbi pregi.

Essa si mostra, anche attraverso la nota metafora territoriale, quale sovranità assoluta su se stessi rispetto alla quale il diritto penale non ha diritto di entrare, marcando una netta separazione tra ciò che è pubblico e ciò che è privato.

Ebbene, se tale concetto viene impiegato nell'ambito dello studio del principio del danno e della molestia "in negativo", come limite all'esercizio punitivo dello Stato, quanto alla distinzione tra ciò che deve assumere una rilevanza penale e ciò che può essere affidato alla sfera amministrativa, esso può assumere una rilevanza "positiva".

In altri termini, qualora la condotta vada a ledere una sfera riservata a tale elemento e, pertanto, si leghi a un interesse a carattere strettamente personale, sicuramente l'area di rilevanza non potrà essere quella meramente amministrativa. Tali casi, in presenza di una lesione alla sfera riservata dell'individuo, unita all'arretramento dell'interesse e al *wrong* nel danno o alla sensazione provocata nella molestia, imporrebbero *ab origine* al legislatore un impiego della più severa arma punitiva data dal diritto penale.

Gli interessi a forte connotazione personalistica male si attagliano ad essere inseriti nel raggio di tutela dell'illecito punitivo amministrativo.

Dovendo fornire dei criteri al legislatore (liberale) dalla fase della meritevolezza a quella della sussidiarietà riteniamo, pertanto, che il concetto di autonomia personale funga da necessario completamento rispetto ai *liberty-limiting principles* e, in ragione della prospettiva di abbandono del bene giuridico, essi andranno impiegati anche nella fase della sussidiarietà.

In tali ipotesi, di nuovo, il concetto di *offence principle*, in virtù del quale si legittima un intervento penale, è in grado di fungere da strumento efficace per le scelte di penalizzazione di condotte violative di “sentimenti” pur non uscendo dal seminato della teoria liberale.

Si tratta di qualche suggestione che però pare doveroso proporre a completamento della ricerca di criteri di criminalizzazione che prendano l'avvio dai *liberty-limiting principles* e, perciò, da un necessario collegamento con il concetto di autonomia personale, anche nella fase della valutazione dell'*extrema ratio* della scelta di criminalizzazione.

3. *Considerazioni conclusive: modelli di diritto penale, tipi di morale e di democrazia.*

Giunti a questo punto dell'analisi, è possibile procedere con quella che dovrebbe essere una sorta di conclusione.

In realtà, il compito non risulta affatto facile, specie se si considera da un lato, la complessità della materia qui trattata e, dall'altro, le implicazioni che possono derivare a livello non solo strettamente giuridico-penalistico, ma più in generale a livello di politica criminale. Il volto dell'illecito penale in tema di scelte di criminalizzazione cambia, infatti, a seconda del modello di democrazia prescelto dalla nostra società.

Il confronto tra il modello anglo-americano e quello europeo-continentale e, più in particolare, quello italiano, mostra come vi sia un serio bisogno di una discussione intorno alla possibilità di ri-fondare e ri-legittimare l'intervento dello Stato in campo penale.

Il dibattito, più che un vezzo accademico, fonda e delimita le caratteristiche del diritto penale della società in cui viviamo. Se consideriamo, infatti, che questa branca del diritto costituisce uno dei settori dell'ordinamento in cui l'autorità dello Stato si manifesta in maniera più prepotente e spaventosa, l'individuazione dei criteri sulla base dei quali una condotta può essere ritenuta penalmente rilevante o meno, lungi dal costituire un esercizio meramente teorico, assume connotati pratici molto importanti. Esso, infatti, è in grado di influenzare il modello di democrazia prescelto da un determinato ordinamento: lo spazio di libertà del singolo si amplia e si restringe a seconda delle decisioni in merito alle condotte vietate e ammesse sulla base dei criteri di selezione dell'area del penalmente rilevante.

Questa circostanza non è altro che il frutto del compromesso democratico che comporta una delega allo Stato nella risoluzione di controversie rispetto alle quali il singolo individuo non potrebbe adeguatamente rispondere se non con una mera vendetta privata.

A questo proposito, lo scarto attualmente esistente tra ciò che la società ritiene essere dannoso e, dunque, meritevole di sanzione penale, e ciò che la legge penale espressamente sanziona, pare del tutto evidente.

Questo dato deve, a prescindere da derive mediatico-populistiche, far riflettere il penalista. Infatti, il suo compito è quello di bilanciare, nella spiegazione dei fenomeni giuridici, atteggiamenti emotivi con esigenze razionali di tutela onde coadiuvare l'intervento del legislatore nelle scelte di politica criminale.

Del resto è noto ciò che un popolo o un governo possono fare in nome di una legalità di facciata o della maggioranza. In proposito è d'obbligo un riferimento alle belle pagine de *La banalità del male* di Hannah Arendt⁸⁴. L'Autrice mostra come gli abiminevoli atti della Germania nazista fossero di fatto crimini legalizzati dello Stato, coperti dalla legittimazione di una legge formalmente valida, ma aberrante, in virtù della quale si imponeva al singolo individuo di andare al di là della mera obbedienza e di identificare la propria volontà col principio che sta dietro la legge e, cioè, la fonte da cui la legge è scaturita.

⁸⁴ ARENDT H., *La banalità del male*, Feltrinelli, Milano, 1963.

Ecco che il diritto penale ha la funzione, non solo di fungere da modello teorico-dogmatico con pretese di neutralità, ma anche di costituire uno strumento pratico nelle mani del legislatore per reprimere fatti ritenuti criminosi.

L'influenza che una determinata epoca storica può comportare sulla fisionomia del diritto penale non deve certo legittimare una criminalizzazione di tutto ciò che la società "del momento" richiede, ma significa piuttosto partire da un dato di realtà con cui il legislatore, e anche il giurista, devono confrontarsi. Ecco perché ci siamo interrogati nelle pagine precedenti in merito all'effettiva esigibilità di un rigore scientifico in questo campo fortemente connotato da fattori irrazionali, a sfondo anche emotivo.

Come dice Martha Nussbaum, infatti, l'affermazione che le emozioni sono comunque irrazionali e che è sempre un errore tenerle in considerazione nella costruzione delle norme giuridiche è, fondamentalmente, un errore. Infatti *"un diritto privo di un qualsiasi richiamo alle emozioni è praticamente impensabile"*. La legge prende in considerazione continuamente lo stato emozionale delle persone. Si pensi allo stato d'animo di un criminale o a quello della vittima, stati questi molto importanti per determinare se si è verificato un certo fatto di reato. Così, *"un sistema giuridico che non prevedesse un sostanziale ruolo normativo per determinati generi di emozioni, e per norme di ragionevolezza nell'emozione, sarebbe difficilmente concepibile; nel migliore dei casi, sarebbe quantomeno manifestamente diverso dai sistemi giuridici che attualmente conosciamo"*. Inoltre, affermare che tutte le emozioni sono irrazionali *"è poco chiar[o] quanto poco convincente"*⁸⁵.

Vi sono, infatti, come è noto, interi settori del diritto penale, in cui l'offesa a entità definibili in termini di sentimento ha tradizionalmente esercitato un ruolo importante nel giustificare l'incriminazione di certe figure di reato, si pensi, come abbiamo visto, all'osceno e all'omosessualità. Tali casi hanno a che fare con il "disgusto" – nei termini di cui tratta Martha Nussbaum – e possono essere

⁸⁵ Si veda sul punto NAUSSBAUM M., *Nascondere l'umanità. Il disgusto la vergogna, la legge*, trad. it., Carocci, Roma, 2005, pp. 22 ss. L'Autrice evidenzia come le nostre emozioni incorporano pensieri, talvolta molto complessi, circa le persone o le cose che ci stanno a cuore. *"Se aggredisco una persona che ha appena violentato il mio bambino, la mia rabbia, anche qui, non è semplicemente un impulso irrazionale. Essa implica un pensiero circa la lesione terribile che il mio bambino ha appena sofferto e circa tutta l'iniquità di una simile violenza da parte di chi l'ha compiuta. Così se la proposta di Dworkin è di trascurare le emozioni per il motivo che si tratta di impulsi privi di pensiero, quella proposta non è affatto plausibile"*.

considerati “emblematici” in quanto *“possono essere considerati precedenti prototipici ai fini di una aggiornata riflessione teorica sui rapporti tra sentimenti e diritto penale”*⁸⁶.

La domanda alla quale non ci possiamo sottrarre è se possano bastare le reazioni emotive di disgusto e ripugnanza per comprovare una lesione della dignità dell'uomo⁸⁷. Bisogna in altre parole *“gettare luce al di là del magma dei sentimenti”* per trarre da essi ragioni argomentabili nella discussione pubblica in materia di scelte di politica criminale. Ecco perché, come abbiamo notato, l'attenzione ai sentimenti non va affatto bandita, ma al contrario è necessario promuovere una lettura di essi *“con le lenti della razionalità e della ragionevolezza”*⁸⁸. Pertanto, i sentimenti della vergogna e del disgusto, rilevanti ad esempio nei campi dell'osceno e dell'omosessualità dovrebbero essere guardati con sospetto nella misura in cui sono più congeniali a un moralismo conservatore in contrasto con la libertà individuale dato che incoraggiano la stigmatizzazione e la discriminazione degli autori degli atti percepiti come disgustosi. Tale sentimento, pertanto, non dovrebbe mai assurgere a motivazione principale nella qualificazione di una condotta come penalmente rilevante. Diverso discorso, riteniamo, dovrebbe essere fatto qualora, pur negli stessi campi indicati, la motivazione fuoriesca dall'ambito di tale emozione.

⁸⁶ FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e “post-secolarismo”*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale* (a cura di Canestrari S. – Stortoni L.), Bononia University Press, Bologna, 2009, p. 337. Si ricorderà la posizione di Lord Devlin e il dibattito che ne è seguito al momento della proposta, in Inghilterra, di depenalizzazione di alcuni reati caratterizzati da “immoralità privata”. Infatti, Devlin propugnava una punizione di tutto ciò che secondo la maggioranza dei cittadini ragionevoli poteva suscitare disgusto morale, pena la dissoluzione e la crisi della moralità media. E' importante notare come, di recente, l'argomento basato sul disgusto sia stato riproposto in area anglo-americana in chiave progressista. Questi studiosi considerano tale reazione come un significativo indice del fatto che si tratta di comportamenti che contrastano con la natura e la dignità umana. Per un'analisi e una critica di tali orientamenti l'Autore fa riferimento al saggio di Martha Nussbaum, già citato.

⁸⁷ IBID., p. 338. L'Autore precisa infatti che *“la differenza di posizione tra i seguaci di una dottrina giuridica liberale, e i seguaci pur progressisti di un orientamento a sfondo comunitaristico, sta proprio qui: che i primi non ritengono sufficienti quel tipo di reazioni a giustificare precetti penali”*.

⁸⁸ IBID., p. 338. A tale impresa intellettuale si è appunto recentemente dedicata Martha Nussbaum la quale cerca di distinguere tra sentimenti suscettibili di assumere rilievo in termini razionali o meno. *“Nel tentativo di emendare il liberalismo di Mill da possibili obiezioni a carattere antiutilitaristico, punto cardinale dell'analisi di Nussbaum non è il concetto di utilità sociale, bensì un principio diverso che connota il liberalismo progressista contemporaneo: cioè il principio del rispetto reciproco tra le persone”*. Del resto il contenuto di pensiero sotteso al disgusto appare fondamentalmente irragionevole, presupponendo idee magiche di contaminazione e aspirazioni di purezza e integrità. Per approfondimenti si veda op. cit., p. 339.

Proprio per questo ci siamo chiesti, in apertura, che ruolo avesse o dovesse avere la morale nel campo del diritto penale e abbiamo taciuto di dogmatismo l'esclusione di ogni dibattito sul punto.

Infatti, se per morale intendiamo quell'insieme di *convinzioni* emergenti nella società, il penalista è chiamato a interrogarsi sulla possibilità che esse assumano il rango della tutela penale, in particolare chiarendo cosa punire, come punire e perché punire.

Ebbene, ai fini di una corretta impostazione di una teoria sulla legittimazione del potere punitivo, sono stati essenziali tre passaggi: la constatazione del fatto che la morale debba avere una qualche rilevanza nel campo del diritto penale, l'abbandono della categoria dogmatica del bene giuridico e l'accoglimento di una teoria aperta in materia di criminalizzazione.

3.1. Il rifiuto del dogma dell'esclusione della morale nel campo del diritto penale: diritto penale moralizzato e diritto penale a tutela di una "morale minima".

Il primo passaggio, come è noto, ha riguardato la considerazione che la morale ha, anche in campo penale, una qualche rilevanza. Il principale problema in tema di scelte di criminalizzazione è, infatti, costituito dalla possibilità che i valori emergenti nella società possano assurgere a legittimi oggetti della tutela penale e che tali orientamenti assiologici possano essere in qualche modo universalizzabili. Tale circostanza va letta in particolare alla luce del recente processo di ri-eticizzazione in campo penale. Ecco che il dibattito sulla rilevanza della morale in campo penale, più che evitato, deve essere gestito e orientato nell'ottica del legislatore liberale, al momento della scelta dei criteri sulla base dei quali procedere all'incriminazione di una certa condotta.

Se non vi è dubbio che le norme penali, vietando un determinato comportamento, promuovano, *a contrario*, il rispetto del valore che viene violato, non è parimenti dubbio, in una società laica e pluralistica, che il riferimento alla tutela di una morale determinata sia profondamente sbagliato, dovendo essere considerato un concetto di morale minima nel senso specificato.

Mentre la prima può risultare passibile di un consenso tendenzialmente universale, la seconda costituisce, invece, oggetto, in una moderna società pluralistica, di visioni inevitabilmente contrastanti. Tale distinzione consente di non tradire lo spirito liberale della teoria del danno, promuovendo la tutela di quella morale minima che garantisce gli uomini dai danni che derivano dai mali più gravi⁸⁹.

La illiceità di un determinato comportamento non può, dal legislatore, essere stabilita facendo appello soltanto a una norma morale (o religiosa) che si assume violata: sul legislatore incombe l'ulteriore onere di dimostrare che essa risulti socialmente dannosa in quanto produttiva di danno ad altri⁹⁰.

Come abbiamo visto, considerare la possibilità che una certo orientamento morale della società possa essere tutelato a livello penale non significa affatto avere un diritto penale moralizzato ma, al contrario, significa fare in modo che esso rispecchi le scelte della società nella quale esse prendono vita. Ciò, ben inteso, in presenza di una serie di presupposti, che abbiamo analizzato, e che consentono di evitare derive autoritarie a beneficio esclusivo di una maggioranza.

Del resto che sia necessaria una più consapevole analisi della separazione tra diritto e morale, e di conseguenza della portata del principio di laicità, è risultato chiaro anche nell'ambito della più recenti e attente elaborazioni della dottrina⁹¹. La tesi infatti che disconosce la possibilità che la morale possa assurgere a fonte legittima di beni giuridici nel senso del diritto penale è caratterizzata da un'eccessiva schematicità ideologica⁹².

⁸⁹ FIANDACA G., *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, cit., p. 158.

⁹⁰ FIANDACA G., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvoletti*, vol. I, Milano, 1991, 165, p. 170.

⁹¹ FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, cit., p. 333. L'Autore, infatti, riconosce che il suo pensiero ha consociato un riorientamento rispetto al suo precedente modo di rivendicare la separazione di principio tra diritto e morale. E afferma: "riorientamento nel senso di una più attenta, e sofferta, ponderazione del significato attuale dello stesso principio di laicità per un diritto penale che voglia corrispondere al modello di una democrazia costituzionale quale la nostra. Ma senza rinnegare, credo, la sostanza delle mie prese di posizione meno recenti". Fiandaca, infatti, riconosce che il rapporto tra diritto e morale sia fatto da molteplici interazioni.

⁹² IBID., p. 334. L'Autore ancora, come è noto, la sua teoria agli studi di Jürgen Habermas, teorico della democrazia discorsiva, affermando che la stessa Costituzione può essere un luogo ideologicamente neutro e come tale idoneo a consentire la ricerca di punti minimi oggetto di condivisione a prescindere dall'ideologia di appartenenza. Così la Costituzione costituisce una tavola di valori o fonte di contenuti sostanziali già gerarchizzati, "come sede che addita un metodo di discussione rispettoso delle caratteristiche tipiche di un diritto democratico". Il compito del legislatore, infatti, non è quello di porre la forza del diritto a servizio di una concezione morale o di

Risolvere i conflitti di valore con un appello al principio di laicità sarebbe, ad ogni buon conto, semplicistico, “*a meno di non intendere la laicità come avallo di una libertà priva di confini*”. Infatti, neppure in un ordinamento più accentuatamente liberale può essere data assoluta prevalenza alla libertà individuale, “*dovendosi talora lasciare responsabilmente spazio ad esigenze proprie della comunità*”⁹³.

Infatti, la delimitazione previa dei beni tutelabili non è condivisibile. Ciò sia che si ammetta la sostenibilità di figure di reato a tutela di valori morali pur diffusi nella società o, al contrario, l'esclusiva tutela di beni individuali. E' il Parlamento, in un ordinamento democratico, che deve accordare tutela a questo o a quel bene con i “*soli limiti dei diritti inviolabili dei singoli e nel rispetto dei criteri di ragionevolezza*”⁹⁴. Anche di fronte a beni di grande rilievo, infatti, è necessario un bilanciamento, dato che sarebbe difficile presidiare tali beni col solo strumento extra-penale⁹⁵.

3.2. Verso l'abbandono del bene giuridico? L'accoglimento del principle of harm nella visione di Joel Feinberg.

Il secondo passaggio ha riguardato la proposta, certo non solitaria in dottrina, di abbandonare il bene giuridico in quanto concetto vago e indeterminato che non consente di considerare i principi sulla base dei quali le scelte di criminalizzazione

una fede religiosa, ma piuttosto di introdurre “*forme di disciplina atte a consentire la coesistenza di diversi codici etici e di diversi progetti e stili di vita*”. Per farlo, la maggioranza potrà prevalere sulla minoranza solo nell'ottica di un dibattito autentico e reale nell'ambito delle varie sedi di discussione, compresi i media. I “laici partecipanti” allora si dovrebbero impegnare a sottoporre a critica il loro (eventuale) pregiudizio, tanto più se assunto a verità dogmatica. Vi dovrebbe essere, in altre parole, un autentico sfrozo di interazione dialogica da parte dei diversi attori del gioco. Certo che, come nota l'Autore, è facile obiettare che si tratta di un'impresa tutt'altro che agevole per le attuali modalità di funzionamento delle democrazie. Tuttavia, “*è pur vero [...] che la difficoltà di avvicinare teoria e prassi riguarda non soltanto il modello delle democrazie discorsive, ma ogni modello dotato di potenziale valenza normativa*”. E allora “*in nome di un rassegnato idealismo dovremmo rinunciare alla prospettiva di coltivare modelli finalizzati a promuovere – sia pure a piccoli passi e in un futuro non immediato – un migliore funzionamento delle istituzioni democratiche?*”.

⁹³ Per approfondimenti sul punto e interessanti considerazioni in tema di religioni e altri temi eticamente sensibili quali ad esempio la procreazione assistita, si veda ROMANO M., *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, 493, p. 508. Afferma, infatti, l'Autore che “*l'accento si sposta sull'interesse della comunità, ovvero: la libertà del singolo incontra un limite in considerazione del bene (e non del male) degli altri*”. Infatti, molte condotte additate di paternalismo, secondo l'Autore possono trovare spiegazione negli effetti deleteri (certo non solo ma anche economici) che la libertà degli uni induce o può indurre sulla vita degli altri.

⁹⁴ Si veda IBID., p. 509.

⁹⁵ Cfr. IBID., p. 509.

devono essere effettuate. Per farlo abbiamo visto come l'analisi comparatistica fornisca l'interprete di un modello di tutela diverso e ulteriore, quello cioè del danno e della molestia, il quale consente, nei termini che si sono chiariti, di meglio spiegare il perché, a livello teorico, un determinato fatto dovrebbe conoscere l'intervento punitivo dello Stato.

E' opportuno precisare in proposito qualche passaggio finale.

Nonostante il fatto che la teoria del bene giuridico si sviluppi attorno all'idea che il bene si caratterizza per avere una "*corposa evidenza*", con una indubbia valenza critica, essa presenta un insanabile problema: quello del momento della valutazione dell'apprezzabilità e della meritevolezza del *quid* che emerge dalla società, dicendo poco o nulla su *quali beni* debbano assurgere al rango della tutela penale. Infatti, essa risulta "*incapace di indicare criteri in qualche modo vincolanti, in sede legislativa, ai fini della selezione dei beni giuridici bisognosi e meritevoli di tutela penale*"⁹⁶. La stessa caratteristica della afferrabilità del bene giuridico, è troppo generica e priva di contorni ben definiti "*per potere realmente legare le mani al legislatore*"⁹⁷.

Peraltro, tale concezione riesce di fatto a spiegare la tutela esclusivamente di beni giuridici comunque tradizionali quali la vita, l'integrità fisica, la libertà sessuale e personale, il patrimonio e pochissimi altri⁹⁸.

Come abbiamo visto, la concezione che circoscrive la tutela penale al ridotto novero dei beni fondamentali del singolo, "per quanto seducente", può risultare contestabile per varie ragioni. Infatti, la dottrina⁹⁹ ha notato che sotto il profilo della teoria generale del bene giuridico, l'eccessiva materializzazione del concetto finisce col trascurare l'idea che esistono componenti normativo-valutative che implicano giudizi inevitabilmente di valore, culturali o relativi a scelte politiche. Tale circostanza comporta che il vaglio della dannosità sociale vada ad assumere un carattere di valutatività¹⁰⁰.

⁹⁶ FIANDACA G., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit., p. 174.

⁹⁷ IBID., p. 174.

⁹⁸ FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, cit., p. 328.

⁹⁹ IBID., p. 329.

¹⁰⁰ IBID., p. 329. L'Autore nota poi che qualora si prendano le mosse da una concezione più "comunitaristica" che liberale della democrazia, "*la tesi, che nega alla morale in quanto tale la dignità di bene o interesse penalmente tutelabile, apparirà tutt'altro che persuasiva: al contrario, un*

Se si considera ad esempio il dibattito intorno alla possibilità che la morale in sé per sé sia elevata a bene tutelabile, si nota come la teoria del bene giuridico non sia in grado di spiegare *perché*, la moralità non sia suscettibile di essere definita come tale¹⁰¹. Infatti, Il legislatore non è legittimato a incriminare la moralità in sé, *“non tanto perché questa non sia configurabile da un punto di vista concettuale astratto come bene giuridico”*, ma piuttosto perché non è compito del diritto penale di uno Stato laico conforme a Costituzione educare coercitivamente cittadini adulti.

La selezione dei comportamenti legittimamente punibili, infatti, non deve passare attraverso una aprioristica teoria del bene giuridico, ma piuttosto attraverso l'individuazione dei principi di fondo del nostro ordinamento costituzionale che concorrono in tale selezione¹⁰².

In Italia, il persistente accoglimento della teoria del bene giuridico, nonostante la sua certificata crisi, suona dunque come un rassicurante riferimento a un mondo conosciuto ed esplorato e ad una difficoltà (oggettiva) di vagliare altre ipotesi che possano eventualmente sostituirlo.

La motivazione per il mantenimento del bene giuridico a vero e proprio pilastro sul quale si basa la scienza penalistica, e che determina niente meno che la definizione stessa di reato come “condotta che offende un bene giuridico rilevante per l'ordinamento”, può essere connessa a una motivazione di tipo psicologico, riferibile al significato *rassicurante* che i giuristi – a ragione o a torto – hanno creduto di poter attribuire ad essa. *“Alludiamo cioè all'effetto tranquillizzante, sotto il profilo politico ma anche morale, scaturente dall'idea che le leggi penali con la loro durezza, lungi dal nascere dal puro arbitrio del potere politico, servano in ogni*

teorico seguace del comunitarismo tenderà a considerare socialmente dannoso già il solo fatto che certi comportamenti si pongono in contrasto con i valori condivisi della maggioranza dei cittadini”.

Inoltre, la risposta alla domanda su “chi” sia il soggetto competente a giudicare se un comportamento provochi un danno ad altri, risulta non poco complessa. L'Autore si chiede infatti se tale possa essere la società concepita come insieme numerico di individui singoli che sono chiamati a esprimere preferenze soggettive, ovvero la società considerata come entità che in qualche modo trascende i singoli e pretende di reinterpretare i bisogni e gli interessi alla stregua di criteri normativo-valutativi rapportati a un modello deontologico di cittadino ragionevole. Una risposta univoca non la potremmo ricavare neanche, secondo l'Autore, da una riformulazione in chiave costituzionale della teoria del bene giuridico e non per una incapacità dei testi costituzionali, ma perché le carte novecentesche non risultano suscettibili di una lettura univoca. Di conseguenza è ben possibile che l'interprete manipoli ermeneuticamente il testo costituzionale sulla base di pregiudiziali scelte politiche.

¹⁰¹ FIANDACA G., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit., p. 174.

¹⁰² IBID., p. 174.

*caso a preservare qualcosa di utile, di così prezioso per la società da poter essere definito 'bene' meritevole di protezione e conservazione*¹⁰³.

E' chiaro però che questo effetto rassicurante non può da solo giustificare la fiducia *“nella capacità euristica di una categoria concettuale [...] che è andata incontro a una crescente crisi di legittimazione e a una progressiva perdita di ruolo”*¹⁰⁴.

Questa situazione non muta nonostante in dottrina si sia cercata una rinascita del bene giuridico, in particolare attraverso una lettura costituzionalmente orientata dello stesso. Come abbiamo visto, può essere sollevata più di un'obiezione rispetto alla reale vincolatività e opportunità di impiegare la Carta costituzionale quale catalogo di beni giuridici meritevoli di tutela penale. Il bene giuridico, a livello teorico e di sistema, resta una categoria concettuale dotata di un'inafferrabilità e indeterminatezza difficilmente modificabili.

Ecco che abbiamo cercato di fondare una ri-legittimazione dell'intervento punitivo dello Stato prospettando nuove e diverse alternative, a livello sostanziale, rispetto alla teorica del bene giuridico.

In particolare, la teoria dell'*harm principle*, attraverso l'individuazione dei *liberty-limiting principles*, può costituire un'utile guida per il legislatore, e conseguentemente per l'interprete nel momento applicativo.

Infatti, come abbiamo visto, i criteri di criminalizzazione si distinguono nettamente nell'area europeo-continentale e in quella di matrice anglo-americana. Mentre nel primo caso, la cultura giuridica è fortemente legata al concetto del bene giuridico, nel secondo caso si privilegia un liberalismo (originariamente di tipo utilitaristico) che vede quali legittimi criteri di criminalizzazione il principio del danno e della molestia, oltre a un paternalismo di tipo *soft* denotato dalla centralità del concetto di autonomia personale.

Risulta, come abbiamo chiarito, metodologicamente fondata un'analisi comparatistica che guardi a altri criteri di legittimazione, quali per esempio quelli di matrice anglo-americana.

¹⁰³ Si veda sul punto, FIANDACA G., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, cit., p. 22.

¹⁰⁴ *IBID.*, p. 22.

Che il legislatore possa utilizzare dei criteri di elaborazione anglo-americana non deve pertanto scandalizzare. Oltre alle ragioni specifiche che abbiamo visto sul tema del principio del danno e che possono essere sintetizzate nell'attitudine dell'*harm principle* a rendere chiare prima di tutto le *ragioni* a sostegno della scelta di criminalizzazione, così come il bene giuridico non è in grado di fare, sta l'opportunità di tenere sempre presente il diritto comparato per ricevere utili indicazioni *de lege ferenda*¹⁰⁵.

A seguito dell'elaborazione di J.S. Mill, nel solco della tradizione liberale comune a quella europeo-continentale, la dottrina anglo-americana rifiuta, tendenzialmente, che una condotta possa essere incriminata in virtù del principio del moralismo giuridico. Le concezioni morali e le rappresentazioni di valore potrebbero costituire un legittimo bene da proteggere soltanto in uno Stato legato ad un'unica visione del mondo, in quanto religioso o autoritario. In uno Stato pluralistico e secolare questa strada risulta però preclusa. Così i legittimi criteri di criminalizzazione si risolvono esclusivamente nel principio del danno e della molestia, oltre che nell'accoglimento della *soft paternalism strategy*.

A Joel Feinberg dobbiamo gran parte dell'elaborazione di tali principi, specie nell'ottica di un liberalismo cauto che non si limita all'accoglimento del principio del danno in senso stretto.

Per *harm principle*, infatti, intendiamo l'arretramento o il peggioramento di un interesse cagionato da una condotta umana che a sua volta violi un diritto della persona offesa (*wrong*). Mentre la nozione di interesse fa riferimento al benessere della persona con una certa rilevanza, consistenza e durata, ciò non basta perché venga integrata la nozione di danno. E' anche necessario che tale arretramento si sia verificato in violazione di una giustificata pretesa del titolare dell'interesse e averne garantita l'integrità.

Gli interessi rilevanti pertanto fanno riferimento a presupposti essenziali di vita o benessere *standard* per ciascun essere umano tali da trovare, per dirla con Rawls, *un consenso per intersezione* diffuso e generalizzato¹⁰⁶. Si pensi alla vita,

¹⁰⁵ Interessante in merito alla possibilità di utilizzare le esperienze di *common law* nella realizzazione di un nuovo codice penale italiano, CADOPPI A., *Introduzione allo studio del diritto comparato*, cit., pp. 225 ss.

¹⁰⁶ FIANDACA G., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, p. 126.

l'integrità fisica, il patrimonio, la sicurezza pubblica e così via enumerando. Il collegamento anche in tali casi a "beni" classici oggetto della tutela penale, non deve pertanto sorprendere. Il diritto penale, come abbiamo detto, risulta vincolato alla realtà e non si può prescindere dalle più tipiche e ricorrenti forme di manifestazione di esso.

Quanto alla violazione di un diritto, Feinberg rifiuta sia un collegamento di diritto positivo con la violazione di un diritto legalmente riconosciuto, sia con criteri esclusivamente morali. La terza via di Feinberg fa riferimento a un danno "*provocato in maniera ingiustificata tutte le volte in cui si possa sostenere che il danneggiato avesse una pretesa a non subirlo supportata da ragioni decisive (non soltanto pertinenti o convincenti!)*"¹⁰⁷.

Malgrado il principio della molestia sia stato da più parti criticato sia per quanto riguarda una sua separazione da quello del danno, in particolare prediligendo letture più ampie di tale ultimo concetto tali da includere anche le condotte moleste¹⁰⁸, sia per quanto riguarda il suo contenuto specifico, riteniamo che un liberalismo cauto in grado di includere anche le "sensazioni sgradite" possa fungere da efficace argine per includere una gamma più ampia di condotte nell'ambito dell'area del penalmente rilevante e, allo stesso tempo, rimanere entro i solidi confini *liberal*.

L'emersione di nuove e diverse esigenze di tutela comporta la necessità di estendere l'intervento punitivo dello Stato al di là delle più essenziali e tradizionali ipotesi criminose. L'esigenza strutturale di distinguere il danno dalla molestia, come abbiamo precisato, è dettata dalla complessità della nostra realtà sociale e diviene ragionevole attraverso l'impiego *à la* Feinberg delle *massime di mediazione*.

Queste corrispondono, secondo taluno¹⁰⁹, ai criteri di criminalizzazione integrativi rispetto al bene giuridico. Al di là di questo profilo, ricercando criteri per il legislatore, è utile richiamarle. Si tratta del grado e dell'intensità e profondità delle conseguenze moleste, del valore o dell'utilità sociale connessi con la condotta e il fatto che questa si sia verificata in uno spazio pubblico, ove lo spettatore casuale risulta più vulnerabile rispetto a visioni involontarie e sgradite cui è difficile sottrarsi.

¹⁰⁷ Si veda IBID., p. 128.

¹⁰⁸ In termini, IBID., pp. 129 ss.

¹⁰⁹ IBID., p. 130.

Se non nascondiamo il fatto che ricercare i fondamenti della selezione delle condotte penalmente rilevanti su criteri di razionalità o ragionevolezza o stati emotivi può risultare maggiormente congeniale a un'ottica di moralismo conservatore, in quanto destinati a variare da persona a persona, la teoria dell'*harm principle* combinata con un modello procedurale di deliberazione democratica è idonea a impedire tale rischio.

Lo sforzo di Feinberg di non procedere per dogmi ed, anzi, analizzare nei suoi quattro volumi, questioni controverse e di difficile interpretazione con l'occhio non solo teorico, ma anche pratico, ci porta a valorizzare la possibilità che all'interno dell'area della rilevanza penale vi siano anche condotte che la società ritiene "moralmente" inaccettabili. Come abbiamo detto più diffusamente in precedenza, un tale diritto sarebbe senza dubbio morale ma non moralistico, dato che trae legittimazione da una *presunzione di accettabilità* da parte dei cittadini. Il diritto penale è funzionale alla società e il collegamento con un'*accettabilità democratica* della norma, selezionata con un *metodo dialogico e pluralistico*, fornisce maggiore legittimazione alla stessa e rinforza il collegamento democratico con il principio di legalità *sub specie* di riserva di legge.

Del resto, una copertura postuma su base costituzionale, come spesso avviene nel nostro ordinamento, può portare a sovra-interpretare la Costituzione ammettendo la visione di un diritto penale promozionale. Come abbiamo notato più indietro, in fin dei conti, un bene giuridico potrebbe essere sempre rinvenuto.

Il liberalismo che propone Feinberg è, pertanto, aperto e cauto e per questo motivo ha il grande merito di non rifiutare aprioristicamente di prendere in considerazione altre ragioni legittimatrici avanzate, ad esempio, dal paternalismo e dal conservatorismo giuridico¹¹⁰ alle quali, dopo averle analizzate, riserva un rango secondario.

Il principio del danno, come è noto, ha conosciuto delle interpretazioni molto disparate nell'epoca immediatamente successiva a quella dell'elaborazione di Joel Feinberg, in chiave non solo conservatrice ma anche progressista. Si pensi alle correnti sviluppatesi in tema di pornografia in seno al pensiero femminista. Questa circostanza mostra dunque la centralità di un'accurata definizione di danno, la quale

¹¹⁰ IBID., p. 139.

dipende, evidentemente, dalle diverse premesse di partenza e dai contesti di riferimento.

Se ciò è vero, bisogna del pari ammettere che la stessa natura dei principi può variare in funzione delle diverse premesse di partenza, che anzi possono plasmarli nella forma e nella sostanza. Concordiamo pertanto nel ritenere che il carattere neutrale del principio del danno è del tutto illusorio. Vero ciò, riteniamo nondimeno che ogni principio venga plasmato sulla base, appunto, delle premesse di partenza e dal contesto di riferimento.

In altre parole, la totale neutralità è estranea alla natura dei criteri di legittimazione del diritto penale essendo profondamente influenzati non solo da premesse ideologiche, ma anche dalle finalità che l'ordinamento vuole darsi, a livello politico, sociale o morale. Del resto lo stesso Feinberg chiarisce in più passaggi che il concetto di danno è complesso e con dimensioni normative nascoste¹¹¹. Le massime di mediazione poi hanno anch'esse un *“un carattere politico-valutativo, non ultimo perché tendono a realizzare un bilanciamento tra esigenze e valori contrastanti, rispettivamente pro e contro l'incriminabilità. E, in ogni caso, l'applicazione di massime siffatte da parte di un legislatore concreto non potrà quasi mai avvenire in modo meccanico, automatico, obiettivamente neutrale; ancora una volta, sarà determinante il contingente modo d'atteggiarsi, nell'ambito del dibattito pubblico, della interazione tra punti di vista valutativi concorrenti”*¹¹².

3.3. *L'accoglimento di una teoria aperta della criminalizzazione. Il collegamento con le teorie della democrazia.*

Il terzo passaggio mostra la necessità di calare le teorie della criminalizzazione nella società nella quale viviamo e, in particolare, consente di valutare se esse possano essere definite come aperte piuttosto che chiuse e assiologiche.

Abbiamo visto come esse non vadano considerate come costruzioni di tipo dogmatico, chiuse e asettiche ma, piuttosto, come il riflesso di concezioni di valore e

¹¹¹ Si veda sul punto IBID., p. 143.

¹¹² IBID., p. 143.

di specifiche opzioni politico-ideologiche. Ne consegue che lo studio di esse deve passare necessariamente per una valutazione aperta che si adegui al contesto sociale, culturale e politico nel quale si sviluppano.

Infatti, tali teorie non possono essere costruite in termini endo-penalistici. *“In realtà, le diverse dottrine del bene giuridico potrebbero non essere altro [...] che un espediente concettuale, una locuzione retorica abbreviata che copre il dato che noi penalisti facciamo in realtà anche teoria politica e teoria della democrazia (altra questione, beninteso, è se abbiamo la competenza per farlo bene!)”*¹¹³. Si tratta infatti di vedere il collegamento che emerge tra teorie di penalizzazione “legittima” e teorie della democrazia politica: stabilire, infatti, che cosa sia penalmente tutelabile ha a che fare con il modello di democrazia che si presceglie.

Dato che le teorie sulla legittimazione del potere punitivo si legano a una determinata visione della società e che, anzi, il principale difetto della teoria del bene giuridico può essere rinvenuto nell’assenza di una visione chiara della società, la teoria liberale per funzionare deve essere legata a una concezione particolare della democrazia. Nonostante, come è noto, questo non sia terreno del penalista, riteniamo che l’accoglimento di una teoria più ampia giovi alla messa a fuoco del problema¹¹⁴.

¹¹³ FIANDACA G., *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, cit., p. 155. L’Autore cita in proposito FORTI G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni “liberali” e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (a cura di Dolcini E. – Paliero C.E.), vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 290. Forti auspica, infatti, una rifondazione del diritto penale, che prenda le mosse da un concetto di persona umana ancorato a sua volta a una concezione più sostanziale che proceduralistica di democrazia, *“cioè una democrazia ispirata a un ideale ‘perfezionista della persona umana, e perciò preoccupata di promuovere il benessere collettivo delle persone riferito al complesso degli interessi che un cittadino medio ragionevole, autoreponsabile e socialmente responsabile dovrebbe voler tutelati’*. Fiandaca precisa così che, pur non entrando nel dettaglio della concezione *“un po’ paternalistica di democrazia”* sottesa a tale concezione, è interessante notare come, muovendo da un modello di democrazia diverso da quello privilegiato da Forti, si potrebbe assegnare al diritto penale scopi di tutela orientati più agli interessi *“delle persone in carne e ossa”* rispetto *“agli interessi ragionevoli di un idealtipico cittadino responsabile (a parte il fatto che sarebbe un ulteriore e grosso problema raggiungere una intesa democratica sui criteri di distinzione tra interessi “ragionevoli” e “irragionevoli”)*”.

Interessante sul punto DONINI M., *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 316 ss, il quale intravede un contrasto insanabile tra diritto penale e democrazia. *“La democrazia ‘maggioritaria’”*, afferma l’Autore, *“si pone agli antipodi della scienza: sulla scienza e sui principi non si decide a maggioranza”*. La differenziazione del sistema esige pertanto una democrazia deliberativa o discorsiva secondo la quale *“l’esercizio del potere politico collettivo si giustifica sulla base di una razionalità pubblica liberamente esercitata fra eguali. Questo ideale richiede una istituzionalizzazione che renda possibile il discorso pubblico sulle scelte collettive”*. Per approfondimenti si vedano le pp. 320 ss.

¹¹⁴ Del resto, FIANDACA G., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit., p. 177, nota che *“il carattere utopico della ‘scientificazione’ del diritto penale dipende dal suo atteggiarsi (per dir così) a mèta ideale, che deve pur sempre fare i conti con la realtà”*. Infatti, *“è impensabile*

Del resto, la funzione delle teorie della criminalizzazione non è solo quella di fornire una spiegazione *a posteriori* della norma e in particolare del suo oggetto di tutela, ma è quella di indirizzare a monte il legislatore. Altrimenti, la scienza penalistica avrebbe, di nuovo, la mera funzione di spiegare l'esistente, come era nell'ambito del positivismo giuridico. Siamo, invece, convinti che sia fondamentale l'elaborazione di teorie che spieghino anche il diritto per come dovrebbe essere.

Certo è che ogni tentativo di legittimazione o ri-legittimazione in chiave filosofica del diritto penale può solo fornire uno “*schema di riferimento o uno scheletro normativo*”¹¹⁵. Infatti, il legislatore non può tradurre in norme un catalogo di principi partoriti a tavolino non solo perché ogni “*filosofia penale di fonte dottrinale abbisogna [...] di numerosi criteri e fattori aggiuntivi*” come le massime di mediazione di Feinberg, ma anche perché è necessario che esista una certa consonanza tra i modelli di penalizzazione teorici e quell'insieme di condizioni empiriche o di orientamenti di valore concreti che consentono di tradurre in politica criminale la teoria considerata¹¹⁶. Questa circostanza non è facilmente rinvenibile nella nostra società nella quale predominano politiche criminali di stampo populistico.

Come è noto, peraltro, lo stesso Feinberg riconosceva che il concetto di danno non costituisca una nozione meramente empirica, ma un “*concetto molto complesso con dimensioni normative nascoste*”. Ecco perché “*è necessario specificarne la nozione con ulteriori valutazioni morali e di giustizia, che egli definisce massime di mediazione*”¹¹⁷.

che per ogni fattispecie contenuta nel sistema penale si possa di fatto disporre di tutte le conoscenze empiriche necessarie per vagliare la scientificità dell'uso della sanzione punitiva. D'altra parte, se si nutrono eccessive pretese in punto di verificabilità empirica, ci si espone alla facile obiezione che la prospettiva della scientificità risulta troppo sofisticata per riuscire realmente accessibile al legislatore: da qui il rischio di liquidarla a vantaggio di un uso sempre più politicamente strumentale e opportunistico del diritto penale”.

¹¹⁵ FIANDACA G., *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, cit., p. 161. L'Autore specifica che “*l'approccio filosofico (a maggior ragione se di tipo anglo-americano) si risolve in fondo in un esercizio di morale critica in senso hartiano, cioè nello sforzo di conferire alla politica criminale una dimensione razionale e argomentativa: sottoponendo a rigoroso vaglio critico le pretese di tutela penale scaturite dalle varie morali positive e, in ogni caso, subordinando a un ineludibile onere di giustificazione ogni forma di coercizione o restrizione della libertà personale*”. Allora, l'impegno argomentativo finisce per privilegiare “*l'individuazione dei comportamenti che la legge non dovrebbe punire, mentre si interessa di meno alla mappatura dei comportamenti legittimamente punibili*”.

¹¹⁶ IBID., p. 162.

¹¹⁷ IBID., p. 163.

Del resto, attenta dottrina¹¹⁸ ha notato come ammettere che il penalista si trovi a effettuare valutazioni politico-criminali, facendo in tale modo “politica”, se potrebbe screditare i penalisti come “scienziati”, allo stesso tempo potrebbe nascondere anche un vantaggio. Si tratterebbe, in particolare, “*di ridurre il tasso di soggettività, e dunque di arbitrarietà delle prese di posizione di valore, sottoponendole in misura maggiore a un controllo intersoggettivo*”¹¹⁹. Infatti, “*non tutti i giudizi di valore si sottraggono a un approccio razionale: e ragionare pubblicamente sulla rispettiva fondatezza dei divergenti giudizi di valore può giovare ad una democrazia auspicabilmente capace di assumere deliberazioni ben ponderate*”. Certo è che il consenso sociale intorno a un dato argomento deve essere autentico evitando in tal modo manipolazioni. Il livello di “discorsività della democrazia” dipende da una serie di fattori che i penalisti non sono in grado di controllare, ma essi possono, allo stesso tempo, chiarire i termini della discussione pubblica¹²⁰.

Peraltro, sarebbe illusorio, come abbiamo notato, preoccuparsi di fissare preventivamente, e una volta per tutte, “*ambito, contenuto e criteri del complesso giudizio di bilanciamento (teoricamente) presupposto da ogni consapevole opzione incriminatrice; piuttosto, la concreta articolazione d’un tale giudizio sarà influenzata – e non potrebbe essere diversamente – dalle specifiche caratteristiche delle diverse materie da regolare*”¹²¹.

4. Quale futuro per l’offensività e l’harm.

Avendo chiaro in mente il quadro comparatistico e le caratteristiche dei criteri di legittimazione nell’ambito del dibattito europeo-continentale, in particolare relativo al nostro ordinamento, e quello anglo-americano, è opportuno tentare di rispondere alla complessa domanda su quale futuro possano avere il principio di offensività e quello del danno e della molestia.

¹¹⁸ IBID., p. 163. Fiandaca lo ammetteva già a proposito del concetto di osceno nella più volte citata monografia del 1984. Infatti “*quanto meno dimostrabili risultano i profili empirici del danno, più cresce l’alone di valutatività che rende incerto e controvertibile il relativo concetto*”.

¹¹⁹ IBID., p. 163.

¹²⁰ FIANDACA G., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, cit., p. 164.

¹²¹ FIANDACA G., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, cit., p. 180.

Il *collapse* dell'*harm principle* non deve scoraggiare, anche perché troppo facile è certificare il problema in assenza di soluzioni. Certo è che stilare soluzioni certe e univoche non risulta appropriato in una materia allo stesso tempo così “classica” e così “mutevole”. Le ragioni a sostegno delle norme penali restano, infatti, più chiare, essendo definito primariamente il contenuto dei criteri che caratterizzano la scelta del *quid* da tutelare.

Dal punto di vista dell'interprete italiano la crisi del bene giuridico deve spingere alla ricerca di criteri ulteriori e più efficaci. Se, infatti, la crisi del bene giuridico non significa affatto crisi dell'offensività nel suo complesso, è del pari vero che il bene giuridico è il sostrato sostanziale sul quale essa poggia e si cementa.

E' venuto dunque il momento di cercare di trarre le fila dell'analisi fin ora svolta verificando, dal punto di vista dello studioso italiano, se lo scetticismo e il disincanto verso il concetto di bene giuridico possa suggerire, come è stato suggerito in dottrina, un abbandono o un accantonamento di tale concetto, ricordando che esso assume tanto una funzione nei confronti del legislatore quanto nei confronti dell'interprete.

Come abbiamo visto, sotto il primo profilo, la vaghezza concettuale della nozione di bene giuridico, mai sanata, potrebbe spingere a una risposta in senso affermativo, portando all'abbandono del bene giuridico. Ciò, peraltro, per le ragioni che abbiamo analizzato in apertura del presente capitolo. Il problema principale sta nell'identificazione di categorie nuove di riferimento o nell'accoglimento di teorie alternative¹²².

Posto quindi che sarebbe necessaria un'indagine più approfondita e preliminare sulle funzioni del diritto penale per derivare poi da tale premessa i

¹²² Interessantissimo sul punto IBID., p. 146. Concezioni alternative sono state infatti proposte da un lato, con l'approccio funzionalistico-sistemico di Guenther Jakobs che ha cercato di integrare dogmatica e sociologia. Così Jakobs, ancorando il suo pensiero alla filosofia di Niklas Luhmann attribuisce al diritto penale il compito non più di tutelare beni giuridici, ma quello di contribuire al mantenimento delle norme e alla conferma della loro vigenza, così consolidando l'identità stessa di una società. Fiandaca, obietta sul punto che il diritto penale finirebbe col ridursi ad un dispositivo normativo che, autoreferenzialmente, tutela se stesso. Egli poi chiarisce che, tutt'altro che scontata, è l'ulteriore tesi secondo la quale il diritto penale contribuisce a preservare il profilo identitario di una determinata società e ad assicurarne la sopravvivenza. “*A ben vedere è più che dubbio che un concetto dai contorni così incerti e sfuggenti come quello di identità sociale possa utilmente fungere da criterio per spiegare le funzioni che le norme penali sono in grado di svolgere nella realtà contemporanea*”. Inoltre, è noto come esistano identità diverse in rapporto a differenti gruppi sociali di riferimento. Si veda *funditus* p. 147.

conseguenti criteri di criminalizzazione, possiamo comunque procedere con qualche suggestione, sebbene parziale e provvisoria.

Che la funzione odierna del diritto penale sia quella di tutelare beni giuridici (o i diritti fondamentali della persona) è assunto che può essere facilmente confutato.

L'opportunità di introdurre nel nostro ordinamento – o, piuttosto, di valorizzare prospettive che già accompagnavano la ricerca dello studioso di *civil law* prima dell'introduzione della teoria del bene giuridico – non si risolve in una gara accademica su quale principio sia migliore o peggiore, ma si colloca convintamente nella necessità di andare oltre i propri confini nazionali per verificare se sussistono ulteriori principi che risultino più funzionali al legislatore liberale.

Ebbene, nonostante i limiti della teoria del danno e della molestia, limiti peraltro che abbiamo, almeno in parte, cercato di superare, è possibile affermare che essa potrebbe fungere da adeguata alternativa anche nel nostro ordinamento. Si tratta di valorizzare la matrice comune delle due teorie europeo-continentale e di matrice anglo-americana. Peraltro, se ne è vagliata la praticabilità anche alla luce dei *case study* affrontati nel presente lavoro: gli atti osceni e l'omofobia.

Seguendo pertanto un approccio sostanziale, si ha l'impressione che l'ottica anglo-americana riesca a far meglio risaltare, rispetto alla teoria del bene giuridico, le complesse opzioni politico-valutative e le diverse visioni morali alla base delle scelte legislative in materia penale¹²³.

Il linguaggio del danno, rispetto a quello del bene giuridico, appare senza dubbio meno astratto ed “esoterico”. La categoria del bene giuridico risulta infatti più artificiosa e “*nella presunta (maggiore) neutralità tecnica*” si nasconde una certa “*ipocrisia tradizionalmente tipica in particolare dello studioso accademico tedesco, il quale pretenderebbe sempre di ammantare di asettica scientificità anche categorie che sono invece intrinsecamente pregne di valore*”¹²⁴.

Se consideriamo poi quale delle due nozioni potrebbe essere più vicina a far cogliere le *ragioni* di una dannosità sociale, di una negatività, e dunque *più vicina al senso comune*, verosimilmente la nozione di danno individuale o sociale appare

¹²³ In termini, per tutti, FIANDACA G., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, cit., p. 148 e FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, cit., ultimo capitolo.

¹²⁴ FIANDACA G., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, cit., p. 148.

meno ristretta alla cerchia dei giuristi, piuttosto che quella relativa a un'offesa a beni giuridici. La nozione di danno, infatti, denota un certo carattere interpersonale che è in grado di mostrare nel rapporto tra individui il danno diretto che può essere a questi provocato, mentre invece il linguaggio del bene giuridico si presta molto di più a opzioni valutative e astratte tali da rendere non poco difficoltosa la giustificazione della scelta incriminatrice del legislatore penale.

Non esiste infatti un bene che *a priori* può risultare tutelabile nel nostro ordinamento, ma una serie di *criteri* in base ai quali, argomentando in senso democratico e dialogico, tale *quid* può assurgere al rango della tutela penale alla luce del principio del danno e della molestia.

Concordiamo¹²⁵ comunque nel ritenere che la preferenza verso il linguaggio del danno non comporta affatto di avere a disposizione definitivamente di uno strumento concettuale e valutativo capace di determinare una volta per tutte le scelte di penalizzazione legittime.

Anche il concetto di danno può essere generico e prestarsi a ricostruzioni diverse. Nondimeno la teoria potrebbe perdere di validità. La scelta del legislatore, infatti, deve essere caratterizzata, da un lato, da solidi e giustificabili criteri di incriminazione ma, dall'altro, dobbiamo essere consapevoli che in una democrazia costituzionale, le teorie elaborate dagli studiosi non possono di per sé vincolare le scelte legislative. Queste dovranno fornire argomenti razionali e spunti di valutazione per orientare la discussione pubblica non potendo comunque pretendere di sistematizzare in modo rigido e una volta per tutte le condotte che egli deve considerare penalmente rilevanti.

L'abbandono del bene giuridico deve fungere da trampolino di lancio per una nuova diversa discussione che parta da un assunto di base: l'impossibilità di costruire rigide teorizzazioni in grado di spiegare una volta per tutte quali condotte dovrebbero essere incriminate. A tale circostanza osta l'impossibilità di una vera e propria neutralità di teorie di tal genere e la necessità, piuttosto, di un linguaggio aperto che parta da presupposti concettuali di base comuni, ma che poi riescano a spaziare e ad adattarsi al modello di democrazia e di società prescelto in un dato ordinamento.

¹²⁵ Così, autorevolmente, IBID., p. 149.

“Ciò che conta davvero in democrazia non è ragionare deduttivamente a partire da teorie fortemente sistematizzate”¹²⁶, ma agire piuttosto in una *prospettiva dialogica* connessa alla specificità del caso di volta in volta considerato.

Quanto poi all’aspetto relativo alla funzione interpretativa del bene giuridico, la questione si fa, se possibile, ancora più complessa. In tale ipotesi, la tentazione di mantenere il paradigma del bene giuridico si fa molto più pressante specie se si considera che nuove alternative andrebbero elaborate da zero. Tale funzione infatti risulta valorizzata anche dall’approccio delle nostre corti e in particolare della giurisprudenza costituzionale, rispetto al quale, malgrado le considerazioni che si sono svolte, difficilmente potremmo prospettare un cambiamento di rotta.

Nondimeno lo stesso approccio dovrebbe essere seguito anche sotto questo profilo, impiegando i concetti di danno e di molestia sotto un profilo *diverso* rispetto a quello conosciuto negli ordinamenti di *common law*. La difficoltà, ovviamente, sta nel rischio di espandere la tutela penale in via interpretativa e giurisprudenziale con enormi conseguenze per quanto riguarda il principio di legalità in materia penale. Certo è che continuare a utilizzare una categoria problematica come quella di bene giuridico, “*perché non abbiamo finora trovato nulla di meglio*”¹²⁷ non risulta una soluzione plausibile.

¹²⁶ IBID., p. 150.

¹²⁷ IBID., p. 152.

BIBLIOGRAFIA

ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, Giuffrè, Milano, 1994.

ARENDT H., *La banalità del male*, Feltrinelli, Milano, 1963.

ASHWORTH A. – ZEDNER L., *Preventive Justice*, Oxford (UK), 2014.

ASHWORTH A. – HORDER J., *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford (UK), 2013.

ASHWORTH A. – ZEDNER L., *Prevention and Criminalization: Justifications and Limits*, in *New Criminal Law Review*, 15, 2012, Oakland (CA), 542.

ASHWORTH A. – ZEDNER L., *Just Prevention: Preventive Rationales and the Limits of the Criminal Law*, in *Philosophical Foundations of Criminal Law* (a cura di Duff R.A. – Green S.P.), Oxford University Press, Oxford – New York, 2011.

ASHWORTH A., *Principles of Criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

ASHWORTH A., *Is the Criminal Law a Lost Cause?*, in *Law Quarterly Review*, 2000, London (UK), 226.

ASHWORTH A., *Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm under the Code, and in Common Law*, in *Rutgers Law Journal*, 19, 1987-1988, Camden (NJ, US), 734.

BACHELET V., *Questioni in tema di depenalizzazione*, in *Giur. costit.*, 1970, 248.

BAKER D.J., *Collective Criminalization and the Constitutional Right to Endanger Others*, in *Criminal Justice Ethics*, 28(2), 2009, New York (NY, US), 168.

BAKER D.J., *Constitutionalizing the Harm Principle*, in *Criminal Justice Ethics*, 27(2), 2008, New York (NY, US), 17.

BAKER D.J., *The Moral Limits of Criminalizing Remote Harms*, in *New Criminal Law Review*, 10 (3), 2007, Oakland (CA, US), 370.

BAUMAN Z., *Homo Consumens*, Erickson, Trento, 2007.

BELLAGAMBA F. – GUERRINI R., *Delitti contro l'onore*, Giappichelli, Torino, 2010.

BERNARDI A., *L'immoralità necessaria: profili di diritto penale sostanziale*, Riv. it. dir. proc. pen., 2010, 53, 2, 830.

BERNARDI A., *Relativismo dei valori e diritto penale*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale* (a cura di Canestrari S. – Stortoni L.), Bononia University Press, Bologna, 2009.

BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

BOBBIO N., *Sulla funzione promozionale del diritto*, in Riv. it. dir. proc. civ., 1969, 1312.

BORSARI R., *La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità. Commento al d. Lgs. 28/2015*, in *La legislazione penale*, 15 marzo 2016, 7.

BRICOLA F., *Teoria generale del reato* (voce), in *Noviss. dig. it.*, Torino, XIX, 1973, 7.

CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova, 2015.

CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, in *Trattato di diritto penale* (dir. da Cadoppi A. – Canestrari S. – Manna A. – Papa M.), Torino, UTET, 2009.

CADOPPI A., *Presentazione. Principio del danno (harm principle) e limiti del diritto penale*, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law* (a cura di Cadoppi A.), Giuffrè, Milano, 2010.

CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale* (a cura di Canestrari S. – Stortoni L.), Bononia University Press, Bologna, 2009.

CADOPPI A., *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentale e anglo-americana a confronto* (a cura di Fiandaca G. – Francolini G.), Giappichelli, Torino, 2008.

CADOPPI A., *Introduzione allo studio del diritto comparato*, CEDAM, Padova, 2004.

CADOPPI A., *Moralità e buon costume (delitti contro la)* (diritto anglo-americano), in *Dig. discipl. pen.*, Torino, VIII, 1994, 187.

CAMPAGNOLI G., *Il concetto di osceno penalmente rilevante alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in Cass. pen., 2006, 3, 905.

CANE P., *Taking Law Seriously, Starting Points of the Hart/Devlin Debate*, in Journal of Ethics, 10(1-2), 2006, Dordrecht (NL), 21.

CANESTRARI S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (a cura di Dolcini E. – Paliero C.E.), vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 139.

CANESTRARI S. – FAENZA F., *Paternalismo penale e libertà individuale: incerti equilibri e nuove prospettive nella tutela della persona*, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law* (a cura di Cadoppi A.), Giuffrè, Milano, 2010.

CARETTI P., *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d'attualità in una società multietnica*, in *Diritti nuove tecnologie trasformazione sociali – Scritti in memoria di Paolo Barile*, CEDAM, Padova, 2003.

CARON Y., *The Legal Enforcement of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy*, in McGill Law Journal, 15(1), 1969, Montréal (QC), 9.

CATERINI M., *Reato impossibile e offensività: un'indagine critica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004.

CAVALIERE A., *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale* (a cura di Giostra G. – Insolera G.), Giuffrè, Milano, 1998.

COFFEE J.C., *Paradigms Lost: Blurring of the Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done about It*, 101, in Yale Law Journal, 1991-1992, 1875, 1991.

COSTA P., *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del "sacro"*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale* (a cura di Canestrari S. – Stortoni L.), Bononia University Press, Bologna, 2009.

CRIMI S., *Offese al pudore o onore sessuale. Atti osceni*, in *Trattato di diritto penale* (dir. da Cadoppi A. – Canestrari S. – Manna A. – Papa M.), Torino, UTET, 2009.

CRIVELLI E., *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.

CUCCIA V., *Libertà di espressione e identità collettive*, Giappichelli, Torino, 2007.

DE TOCQUEVILLE A., *La democrazia in America*, BUR, Milano, 1999 [ma 1835-1840].

DAGGER R., *Republicanism and the Foundations of Criminal Law*, in *Philosophical Foundations of Criminal Law* (a cura di Duff R.A. – Green S.P.), Oxford University Press, Oxford – New York, 2011.

DELMAS-MARTY M., *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 49, 1, 3.

DE MAGLIE C., *Punire le condotte immorali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2016, 59, 2, 938.

DEMURO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti di espansione del diritto penale*, in Riv. it. dir. proc. pen. 2013, 56, 1654.

DEVLIN P., *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, London, Oxford, New York, 1965.

DOLCINI E., *Omosessualità, omofobia, diritto penale. Riflessioni a margine del volume di M. Winkler e G. Strazio, L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori, 2011*, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica n. 18/2012.

DOLCINI E., *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, 1, 24.

DONINI M., “ *An impossible exchange?*”, *Prove di dialogo tra “civil” e “common lawyers” su legalità, morale e teoria del reato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2017, 60, 2, 14.

DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in Dir. pen. cont., 4, 2013, 22.

DONINI M., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo, Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in Dir. pen. cont., 2, 2012, 51.

DONINI M., *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2010, 1067.

DONINI M., “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law* (a cura di Cadoppi A.), Giuffrè, Milano, 2010.

DONINI M., *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004.

DONINI M., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2003, 141.

DONINI M., *Prospettive europee del principio di offensività*, in *Offensività e Colpevolezza* (a cura di Cadoppi A.), CEDAM, Padova, 2002.

DONINI M., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L’insegnamento dell’esperienza italiana*, in Foro it., 2001, 29.

DONINI M., *La riforma della legislazione penale complementare. Il suo significato “costituente” per la riforma del codice*, in Indice pen., 2000, 657.

DONINI M., *Teoria del reato* (voce), in Dig. disc. pen., Torino, XIV, 1999.

DONINI M., *L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Per una progressione “legale”, prima che “giurisprudenziale”, dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in Crit. dir., 1998, 95.

DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, CEDAM, Padova, 1996.

DUBBER M. D., *Foundations of the State Punishment in Modern Liberal Democracies: Toward a Genealogy of American Criminal Law*, in *Philosophical Foundations of Criminal Law* (a cura di Duff R.A. – Green S.P.), Oxford University Press, Oxford – New York, 2011.

DUFF R.A. – GREEN S.P. (a cura di), *Philosophical Foundations of Criminal Law* (a cura di Duff R.A. – Green S.P.), Oxford University Press, Oxford – New York, 2011.

DUFF R.A. – GREEN S.P., *Introduction: Searching for Foundations*, in *Philosophical Foundations of Criminal Law* (a cura di Duff R. A. – Green S. P.), Oxford University Press, Oxford – New York, 2011.

DUFF R.A., *Towards a Modest Legal Moralism*, in *Criminal Law and Philosophy*, 8(1), 2014, Dordrecht (NL), 224.

DUFF R. A., *Perversions and Subversions of Criminal Law*, in *The Boundaries of Criminal Law* (Id. et Al. eds.), Oxford (UK), 2010, 88.

DUFF R.A., *Harms and Wrongs*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 5(1), 2001, Oakland (CA, US), 13.

DUFF R.A., *Responsibility, Citizenship, and Criminal Law*, in *Philosophical Foundations of Criminal Law* (a cura di Duff R.A. – Green S.P.), Oxford University Press, Oxford – New York, 2011.

DUFF R.A., *Punishment, Communication, and Community*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

DUFF R.A., *Theories of Criminal Law*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [Summer 2013 Edition], Edward N. Zalta (ed.), URL <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/criminal-law/>.

DWORKIN G., *Paternalism*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* [Summer 2014 Edition], Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/paternalism/>.

DWORKIN G., *Harmless wrongdoing*, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law* (a cura di Cadoppi A.), Giuffrè, Milano, 2010.

DWORKIN G., *Paternalism*, in *Foundations of Criminal Law* (a cura Katz L. – Moore M.S. – Morse S.J.), Oxford University Press, New York – Oxford, 1999.

DWORKIN R.M., *Rawls e il diritto*, in ID., *La giustizia in toga*, trad. it., Roma – Bari, 2010, 262.

DWORKIN R.M., *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA, US), 1977.

DWORKIN R.M., *Lord Devlin and the Enforcement of Morals* [1966], Faculty Scholarship Series. Paper 3611. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3611.

FEELEY, M.M., *Le origini e le conseguenze del panico morale : gli effetti sulle Corti americane delle leggi “tre volte e sei eliminato”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 43, 2, 417.

FEINBERG J., *Harm to Others*, in *Foundations of Criminal Law* (a cura Katz L. – Moore M.S. – Morse S.J.), Oxford University Press, New York – Oxford, 1999.

FEINBERG J., *Offence to Others*, in *Foundations of Criminal Law* (a cura Katz L. – Moore M. S. – Morse S. J.), Oxford University Press, New York – Oxford, 1999.

FEINBERG J., *Harmless Wrongdoing*, in *Foundations of Criminal Law* (a cura Katz L. – Moore M. S. – Morse S. J.), Oxford University Press, New York – Oxford, 1999.

FEINBERG J., *The Moral Limits of Criminal Law*, Oxford University Press, New York – Oxford, 1984 – 1988.

FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 1, Harm to Others*, Oxford University Press, New York – Oxford, 1984.

FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 2, Offense to Others*, Oxford University Press, New York – Oxford, 1985.

FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 3, Harm to Self*, Oxford University Press, New York – Oxford, 1986.

FEINBERG J., *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 4, Harmless Wrongdoing*, Oxford University Press, New York – Oxford, 1988.

FEINBERG J., *The Expressive Function of Punishment*, in *Doing and Deserving*, Princeton, NJ, 1970, 96.

FERRAJOLI L., *Stato laico ed etica laica. Laicità e diritto penale*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale* (a cura di Canestrari S. – Stortoni L.), Bononia University Press, Bologna, 2009.

FERRAJOLI L., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari – Milano, 2004.

FERRARESE M.R., *Diritto, secolarizzazione e globalizzazione*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale* (a cura di Canestrari S. – Stortoni L.), Bononia University Press, Bologna, 2009.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto Penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna 2014.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1994, 23.

FIANDACA G., *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Giappichelli, Torino, 2014.

FIANDACA G., *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, 54, 1383.

FIANDACA G., *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Foro it.*, 2011, 5, 1.

FIANDACA G., *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law* (a cura di Cadoppi A.), Giuffrè, Milano, 2010.

FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale* (a cura di Canestrari S. – Stortoni L.), Bononia University Press, Bologna, 2009.

FIANDACA G., *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentale e anglo-americana a confronto* (a cura di Fiandaca G. – Francolini G.), Giappichelli, Torino, 2008.

FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e post-secolarismo*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 546.

FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini*, 2007, 1247.

FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003.

FIANDACA G., *Nessun reato senza offesa*, in *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata* (a cura di Fiandaca G. – Di Chiara G.), Jovene, Napoli, 2003.

FIANDACA G., *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, 5, 1.

FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, *Foro it.*, 2000, 5, 141.

FIANDACA G., *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale* (a cura di Stile A.M.), Jovene, Napoli, 1991.

FIANDACA G., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, Milano, 1991, 165.

FIANDACA G., *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, CEDAM, Padova, 1984.

FINKELSTEIN C., *Is Risk a Harm?*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 151(3), 2003, Philadelphia (PA, US), 963.

IORE C., *Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare. A proposito di una recente proposta legislativa*, in *Critica dir.*, 1998, 274.

IORE C., *Il principio di offensività*, in *Indice Pen.*, 1994, 278.

IORE C., *Il reato impossibile*, Jovene, Napoli, 1959.

IORELLA A., *Reato in generale* (voce), in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987.

FLETCHER G., *Constructing a Theory of Impossible Attempts*, in *Foundations of Criminal Law* (a cura Katz L. – Moore M.S. – Morse S.J.), Oxford University Press, New York – Oxford, 1999.

FLETCHER G., *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, New York – Oxford, 1998, trad. it. PAPA M., *La grammatica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2004.

FLETCHER G., *Rethinking Criminal Law*, Boston, Little, Brown, 1978.

FOIS S., *Principi costituzionale e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957.

FORTI G., *Alla ricerca di un luogo per la laicità: il “potenziale di verità” nelle democrazie liberali*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale* (a cura di Canestrari S. – Stortoni L.), Bononia University Press, Bologna, 2009.

FORTI G., *Principio del danno e legittimazione “personalistica” della tutela penale*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentali e anglo-americana a confronto* (a cura di Fiandaca G. – Francolini G.), Giappichelli, Torino, 2008.

FORTI G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni “liberali” e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (a cura di Dolcini E. – Paliero C.E.), vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 290.

FRANCOLINI G., *Abbandonare il bene giuridico? Una prospettiva procedurale per la legittimazione del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2014.

FRANCOLINI G., *Il dibattito angloamericano sulla legittimazione del diritto penale: la parabola del principio del danno tra visione liberale e posizione conservatrice*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-*

continentale e anglo-americana a confronto (a cura di Fiandaca G. – Francolini G.), Giappichelli, Torino, 2008.

FRANCOLINI G., *L'harm principle del diritto angloamericano nella concezione di Joel Feinberg*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2008, 276.

FRIONI I., *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, 45, 2, 538.

FRONZA E., *Negazionismo*, in Enc. dir., Annali XIII, Giuffrè, Milano, 633.

FRONZA E. – GAMBERINI A., *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1383000563FRONZA%20GAMBERINI%202013.pdf>, 2013.

GABRIELI F.P. – DOLCE R., *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la)*, in Noviss. dig. it., Torino, X, 1968, 913.

GALLO M., *I reati di pericolo*, in Foro pen., 1969, spec. 8.

GALLO M., *Dolo* (Dir. pen.), in Enc. dir., XIII, 1964.

GARGANI A., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di "riforma della disciplina sanzionatoria". (Art. 2 l. 28.4.2014 n. 67)*, in Legislazione Penale, Luglio, 2015.

GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, tomo II, Nel diritto editore, Roma, 2017.

GATTA G.L., *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/d/4427-depenalizzazione-e-nuovi-illeciti-sottoposti-a-sanzioni-pecuniarie-civili-una-riforma-storica>, 2016.

GREENAWALT K., *Punishment*, in *Foundations of Criminal Law* (a cura Katz L. – Moore M.S. – Morse S.J.), Oxford University Press, New York – Oxford, 1999.

GOISIS L., *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2013, 56, 1, 418.

GOISIS L., *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/d/1870-omofobia-e-diritto-penale-profil-comparatistici>, 2012.

GOLDING M.P., *Philosophy of Law*, Englewood Cliff, 1975.

GROSSO C. – PALAZZO F.C. – SICILIANO F. (est. Palazzo F.), *Documento n. 2 su Inoffensività e irrilevanza del fatto, negli “Allegati alla I Relazione della Commissione Grosso”*, in *Per un nuovo codice penale* (a cura di Grosso C.), II, CEDAM, Padova, 2000.

GUERRINI R., *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Giuffrè, Milano, 1997.

GUZMAN DALBORA J.L., *Sul significato intrinseco e sul valore attuale della teoria del bene giuridico nell’opera di Birnbaum*, in *Diritto penale XXI secolo*, n. 2/2010, 371.

HABERMAS J., *Diritto e morale* (Tanner Lectures) in ID. *Morale, Diritto, Politica*, Einaudi, Torino, 2001 (trad. it).

HABERMAS J., *Etica del discorso*, III ed., Laterza, Roma-Bari, 2000 (trad. it.).

HABERMAS J., *Per la critica del liberalismo politico di John Rawls*, trad. it., in *MicroMega*. Almanacco di Filosofia, 1996, 26.

HAQUE A.A., *Criminal Law and Morality at War*, in *Philosophical Foundations of Criminal Law* (a cura di Duff R.A. – Green S.P.), Oxford University Press, Oxford – New York, 2011.

HARCOURT B.E., *The Collapse of the Harm Principle Redux: On Same-Sex Marriage, the Supreme Court’s Opinion in United States v. Windsor, John Stuart Mill’s essay On Liberty (1859), and H.L.A. Hart’s Modern Harm Principle*, in *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*: <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>, [August 2013].

HARCOURT B.E., *Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between The Moral Limits of the Criminal Law and The Expressive Function of Punishment*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 5, 2002, 148.

HARCOURT B.E., *Illusion of order. The false promise of broken windows policing*, Harvard University Press, Cambridge, MA. – London, 2001.

HARCOURT B.E., *The collapse of the harm principle*, 90, *J. Crim. L. & Criminology*, 1999, 109.

HERRING J., *Criminal Law*, Oxford (UK), 2014, 22.

HART H.L.A., *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 35, No. 1 [Autumn, 1967], 1.

HART H.L.A., *Diritto, morale, e libertà*, (a cura di Gavazzi G.), Bonanno, Acireale, 1968.

HART H.L.A., *Il concetto di diritto*, (a cura di Cattaneo M.A.), Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 1961.

HART H.L.A., *The Aims of the Criminal Law*, in *Law & Contemp. Prob.*, 23, 1958, 23, 404.

HOLTUG N., *The Harm Principle, Ethical Theory and Moral Practice*, 5(4), 2002, 357.

HORDER J., *Ashworth's Principles of Criminal Law*, 8th rev. ed., Oxford (UK).

HORDER J., *Harmless Wrongdoing and the Anticipatory Perspective on Criminalisation*, in *Seeking Security, Pre-Emptying the Commission of Criminal Harms* (a cura di Sullivan G.R. –Dennis I. eds.), Oxford (UK), 2012.

HUSAK D., *Droghe illecite: un test dei "limiti morali del diritto penale di Joel Feinberg*, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law* (a cura di Cadoppi A.), Giuffrè, Milano, 2010.

HUSAK D., *Overcriminalization. Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008.

KATZ L. – MOORE M.S. – MORSE S.J. (a cura di), *Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, New York – Oxford, 1999.

LOSAPPIO G., *Depenalizzazione, tranquillità personale e inquinamento acustico. L'art. 659 e la delega per la depenalizzazione delle contravvenzioni del c.p.*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/d/4254-depenalizzazione-tranquillita-personale-e-inquinamento-acustico>, 2015.

MALM H., *Su Feinberg, in tema di paternalismo*, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law* (a cura di Cadoppi A.), Giuffrè, Milano, 2010.

MANES V., *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 57, 3, 955.

MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. contemp. (Riv. trim.)*, 2012, 1, 99.

MANES V., *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della Pubblica Amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2010.

MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005.

MANETTI M., *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in *Democrazie protette e protezione della democrazia* (a cura Di Giovine A.), Giappichelli, Torino, 2005.

MANNA A., *Il divieto di fecondazione medicalmente assistita di carattere eterologo e il c.d. Paternalismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 56, 1637.

MANNA A., *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*, in *Diritto penale minimo* (a cura di Curi U. – Palombarini G.), Donzelli, Roma, 2002.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, CEDAM, Padova, 2016.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova, 2015.

MANTOVANI F., *I delitti di omofobia e di transfobia e le inquietudini giuridiche*, <http://www.scienzaevitafirenze.it/cms/Persona/i-delitti-di-omofobia-e-di-transfobia-e-le-inquietudini-giuridiche.html>, 2013.

MANTOVANI F., *La proclamazione dei diritti umani e la non effettività dei diritti umani*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 51, 1, 40.

MANTOVANI F., *Il vero diritto penale minimo: la riduzione della criminalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 48, 3, 864.

MANTOVANI F., *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali* (a cura di Regione autonoma Valle D'Aosta – Centro culturale Saint-Vincent – SITAV-Società incremento turistico alberghiero valdostano), Giuffré, Milano, 1996.

MANTOVANI F., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati* (a cura di Mortati C.), Giuffré, Milano, 1977.

MARINI G., *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la)*, in *Dig. discipl. pen.*, Torino, VIII, 1994, 180.

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2015.

MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Diritto penale «minimo» e nuove forme di criminalità*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, 802.

MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in Jus, 1974, 463.

MARTÌ J.L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2006.

MATRAVERS M., *Political Theory and the Criminal Law*, in *Philosophical Foundations of Criminal Law* (a cura di Duff R.A. – Green S.P.), Oxford University Press, Oxford – New York, 2011.

MAZZACUVA N., *Diritto penale e Costituzione*, in *Introduzione al sistema penale*, (a cura di Insolera G. – Mazzacuva N. – Pavarini M. – Zanotti M.), UTET, Torino, 1997.

MAZZANTI E., *La giurisprudenza sugli atti osceni, tra tensioni interpretative ed esigenze di riforma*, in Cass. pen., 2012, 7-8, 2751B.

MCCORMICK D. N., *Legal Right and Social Democracy*, Oxford (UK), 1982.

MELCHIONDA A., *La deflazione penalistica nell'era del giusto processo*, in *Riscrivere il codice penale. Vol. I: I fondamenti*, a cura dell'Unione Camere Penali Italiani, Pacini Editore, Ospedaletto (PI), 2014.

MERLI A., *Democrazia e diritto penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008.

MERLI A., *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, ESI, Napoli, 2006.

MILL J. S., *Saggio sulla libertà. Le origini del liberalismo contemporaneo*, (prima ed. 1859), NET Nuove edizioni tascabili, Milano, 2002.

MOCCIA S., *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, 343.

MOORE M.S., *The nature of a Theory of the Criminal Law*, in *Foundations of Criminal Law* (a cura di Katz L. – Moore M.S. – Morse S.J.), Oxford University Press, New York – Oxford, 1999.

MOORE M.S., *A Taxonomy of Purposes of Punishment*, in *Foundations of Criminal Law* (a cura Katz L. – Moore M.S. – Morse S.J.), Oxford University Press, New York – Oxford, 1999.

MOORE M.S., *The Principle of Legality*, in *Foundations of Criminal Law* (a cura Katz L. – Moore M.S. – Morse S.J.), Oxford University Press, New York – Oxford, 1999.

MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974.

NAGEL E., *The Enforcement of Morals*, in *Moral Problems in Contemporary Society* (a cura di Kurz P.), Englewood Cliffs, 1969.

NAUSSBAUM M., *Nascondere l'umanità. Il disgusto la vergogna, la legge*, trad. it., Carocci, Roma, 2005.

NEPPI MODONA G., *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di M. Gallo. Scritti degli allievi* (a cura di Gallo M.), Giappichelli, Torino, 2004.

NEPPI MODONA G., *Reato impossibile*, in Dig. disc. pen., Torino, XI, 1996.

NEPPI MODONA G., *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano, 1965.

OBERDIEK J., *Towards a Right Against Risking*, in *Law and Philosophy*, 28(4), 2008, Dordrecht (NL).

PACKER H.L., *The limits of Criminal Sanction*, Stanford University Press – Oxford University Press, Stanford – London, 1969.

PACKER H.L., *I limiti della sanzione penale* (trad. it.), Giuffrè, Milano, 1978.

PADOVANI T., *Ridurre l'area penale non ha effetti deflattivi ed è poco efficace*, in *Guida al diritto*, 1, 2016.

PADOVANI T., *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2012.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003.

PALAZZO F.C. – PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, Torino, 2013.

PALAZZO F.C., *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Diritto Penale e processo*, 3, 2016, 285.

PALAZZO F.C., *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cass. pen.*, 2015, 10, 3389B.

PALAZZO F.C., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2014, 1693.

PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2013.

PALAZZO F.C., *Segni di svolta nella politica criminale italiana: tra ritorni al passato e anticipazioni del futuro*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/1104-segni-di-svolta-nella-politica-criminale-italiana-tra-ritorni-al-passato-e-anticipazioni-del-futuro/>, 2011.

PALAZZO F.C., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999.

PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, 350.

PALAZZO F.C., *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione. Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1996.

PALAZZO F.C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, CEDAM, Padova, 1979.

PALIERO C.E., *Depenalizzazione* (voce), in Dig. disc. pen., Torino, 1989, 425.

PALIERO C.E., *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, CEDAM, Padova, 1985.

PASCULLI L., *The Harm Principle between Statutory Criminalisation and Judicial Interpretation: Lessons from Italy*. Paper presented at the 2016 Annual Conference of the Society of Legal Scholars 'Legislation and the Role of Judiciary' (University of Oxford, 6-9 September 2016). Disponibile in http://www.lorenzopasculli.com/uploads/2/7/3/8/27389245/pasculli_sls_paper_harm_italy-uk.pdf.

PAVICH G. – BONOMI A., *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa* vigente, in

http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1412690237PAVICH-BONOMI_2014.pdf, 2014.

PELLIZZONI L. (a cura di), *La deliberazione pubblica*, Meltemi Editore, Roma, 2005.

PERRY S.R., *Risk, Harm, Responsibility*, in *The Philosophical Foundations of Tort Law* (a cura di Owen D. G.), Oxford (UK), 1997.

PESCE F., *Omofobia e Diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/d/3782-omofobia-e-diritto-penale-al-confine-tra-liberta-di-espressione-e-tutela-dei-soggetti-vulnerabili>, 2015.

PETRINI D., *La tutela del buon costume*, in *Dir. informatica*, 2011, 3, 445.

PICOTTI L., *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale* (a cura di Riondato S.), CEDAM, Padova, 2006.

PINO G., *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. Dir.*, 2008, 287.

PINTORE A., *I diritti della democrazia*, Laterza, Bari – Roma, 2004.

POSNER R., *An Economic Theory of the Criminal Law*, in *Foundations of Criminal Law* (a cura di Katz L. – Moore M.S. – Morse S.J.), Oxford University Press, New York – Oxford, 1999.

PUGIOTTO A., *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. pen. contemp. (Riv. trim.)*, 2013, 3, 71.

PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2015.

PULITANÒ D., *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Dir. pen. contemp. (Riv. trim.)*, 2015, 4, 325.

PULITANÒ D., *Problema penale e problemi della laicità*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale* (a cura di Canestrari S. – Stortoni L.), Bononia University Press, Bologna, 2009.

PULITANÒ D., *Laicità e multiculturalismo, diritto penale*, in *Laicità e multiculturalismo* (a cura di Risicato L. – La Rosa E.), Giappichelli, Torino, 2009.

PULITANÒ D., *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 55.

PULITANÒ D., *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale* (a cura di Stile A.M.), Jovene, Napoli, 1985.

PULITANÒ D., *La teoria del bene giuridico fra codice e Costituzione*, in *La questione criminale*, 1981, 1, 111.

PULITANÒ D., *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. dir., Annali XIII*, Giuffrè, Milano, 665.

RAMACCI F., *Corso di diritto penale* (a cura di Guerrini R.), Giappichelli, Torino, 2015.

RAWLS J., *Liberalismo Politico*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2012.

RAWLS J., *The Law of the Peoples*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts – London England, 1999.

RAWLS J., *Un riesame dell'idea di ragione pubblica [1997]*, in *Liberalismo Politico*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2012.

RAWLS J., *Risposta ad Habermas [1995]*, in *Liberalismo Politico*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2012.

RAWLS J., *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1971.

RAZ J., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford (UK), 1986.

RENZO M., *A criticism of the international harm principle*, in *Criminal L. & Philosophy*, 2010, 4, 267.

RICCARDI G., *Omofobia e Legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/d/2515-omofobia-e-legge-penale>, 2013.

RIONDATO S., *Un diritto penale detto «ragionevole»*, *Raccontando Giuseppe Bettiol*, CEDAM, Padova, 2005.

RIONDATO S. – GUERRINI R. – MAZZA L., *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, CEDAM, Padova, 2004.

RISTROPH A., *Responsibility for the Criminal Law*, in *Philosophical Foundations of Criminal Law* (a cura di Duff R.A. – Green S.P.), Oxford University Press, Oxford – New York, 2011.

ROBINSON P.H., *A Theory of Justification, Societal Harm as a Prerequisite of Criminal Liability*, in *UCLA Law Review*, 23, 1975, 266.

ROCCO A., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Bocca, Milano, Torino, Roma, 1913.

ROMANO M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 33.

ROMANO M., *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law* (a cura di Cadoppi A.), Giuffrè, Milano, 2010.

ROMANO M., *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 493.

ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, Giuffrè, 2006.

ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, 413.

SALCUNI G., *I "circuiti" ed i "controcircuiti" nelle scelte dei modelli di tutela fra pubblico e privato. Le qualifiche pubblicistiche e le posizioni di garanzia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2, 844.

SCHIAVELLO A., *Diritti umani e pluralismo tra argomentazione e negoziazione*, in *Ragione pratica*, 2010, 34, 129.

SCOMPARIN L., *"Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 55, 1364.

SCOPINARO L., *Internet e delitti contro l'onore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 43, 2, 617.

SELVAGGI N., *La depenalizzazione e le altre politiche deflative nelle più recenti iniziative di riforma (con particolare riferimento alle novità introdotte dalla l. 28 aprile 2014, n. 67)*, in *Archivio penale*, 2014, 2, 1.

SEN A., *The Idea of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2009.

SEN A., *The Standard of Living*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987.

SHAFFER-LANDAU R., *Joel Feinberg e i limiti del paternalismo giuridico*, in *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of criminal law* (a cura di Cadoppi A.), Giuffrè, Milano, 2010.

SICILIANO, *Per una politica di deflazione penalistica*, in Arch. pen., 1968, I, 361.

SICURELLA R., *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici. Percorsi di riflessione critica*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2012, 55, 1425.

SILVESTRI P., *Artt. 527, 528 e 529 c.p.*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina* (a cura di Lattanzi G. – Lupo E.), X, II, Giuffrè, Milano, 2015.

SIMESTER A.P. – VON HIRSCH A., *Crimes, Harms, and wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2014.

SIMESTER A.P. – VON HIRSCH A., *Remote Harms and Non-constitutive Crimes*, in *Criminal Justice Ethics*, 2009, 28(1), 89.

SIMESTER A.P. – VON HIRSCH A., *Rethinking the Offense Principle*, in *Legal Theory*, 2002, 8, 269.

SIMESTER A.P. – SULLIVAN G.R., *Criminal Law. Theory and doctrine*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2013.

SIMONS K.W., *Understanding the Topography of Moral and Criminal Law Norms*, in *Philosophical Foundations of Criminal Law* (a cura di Duff R.A. – Green S.P.), Oxford University Press, Oxford – New York, 2011.

SMITH S.D., *The Hollowness of the Harm Principle* [September 2004], U San Diego Legal Studies Research Paper No. 05-07, in SSRN: <http://ssrn.com/abstract=591327>.

SPENA A., *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2014, 57, 1209.

SPENA A., *Libertà di espressione e reati di opinione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, 2-3, 689.

STEPHEN J.F., *Liberty, Equality, Fraternity*, (prima ed. 1873) Cambridge, 1967.

STEWART H., *The limits of the harm principle*, in *Criminal L. & Philosophy*, 2010, 4(1), 17.

THORBURN M., *Criminal Law as Public Law*, in *Philosophical Foundations of Criminal Law* (a cura di Duff R.A. – Green S.P.), Oxford University Press, Oxford – New York, 2011.

UBERTIS G., *Diritti fondamentali e dialogo tra le corti: fantascienza giuridica?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2014, 57, 1723.

VALENTI A., *Principi di materialità e offensività*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. I4 (a cura di Insolera G. – Mazzacupa N. – Pavarini M. – Zanotti M.), UTET, Torino, 2012.

VALENTI A., *La “musa negletta”: quando la Costituzione non ispira più il legislatore nelle scelte di incriminazione*, in *Indice pen.*, 2003, 953.

VASSALLI G., *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982.

VINCIGUERRA S., *Appunti sull’inoffensività, la tenuità dell’offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (a cura di Dolcini E. – Paliero C.E.), tomo 2, Teoria della pena, Milano.

VON HIRSCH A. – JAREBORG N., *Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 11(1), 1991, Oxford (UK), 28.

VON HIRSCH A., *I concetti di “danno” e “molestia” come criteri politico-criminali nell’ambito della dottrina penalistica angloamericana*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentale e anglo-americana a confronto* (a cura di Fiandaca G. – Francolini G.), Giappichelli, Torino, 2008.

VON HIRSCH A., *The Offense Principle in Criminal Law: Affront to sensibility or Wrongdoing?*, in *King’s College Law Review*, 2000, 11, 78.

VON HIRSCH A., *Past or Future Crimes*, New Brunswick (NJ, US), 1985, 64.

WALKER N., *Morality and the Criminal Law*, in *Howard Law Journ.*, 1964, 214.

WILSON W., *Criminal Law*, Harlow (UK), 2014, 35.

WINKLER M., *La IV sezione civile della Cassazione torna sul tema della protezione internazionale per orientamento sessuale*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/d/1657-la-vi-sezione-civile-della-cassazione-torna-sul-tema-della-protezione-internazionale-per-orientamen>, 2012.

WOHLERS W., *Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana*, in *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europee-continentale e anglo-americana a confronto* (a cura di Fiandaca G. – Francolini G.), Giappichelli, Torino, 2008.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

ZAGREBELSKY G., *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di rapporti fra tassatività del fatto tipico e lesività*, in *Problemi generali di diritto penale* (a cura di Vassalli G.), Giuffré, Milano, 1982.

ZUCCALÀ G., *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione “critica” del bene giuridico e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Studi Marinucci*, vol. I, Giuffré, Milano, 2006.

ZUCCALÀ G., *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi Delitala*, vol. III, Giuffré, Milano, 1984.

BIBLIOGRAFIA